# Die Montesquieu'sche Forderung nach Teilung der Gewalten im Staate und ihre Durchführung in den drei bayerischen Verfassungen

Inaugural=Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der
juristischen Fakultät
der
Friedrich=Alexander=Universität zu Erlangen

Vorgelegt von
**Heinrich Scheidig,**
Referendar am Amtsgericht Nürnberg

1930

Ph. C. W. Schmidt'sche Buchdruckerei, G. m. b. H., Neustadt a. d. Aisch

# Die Montesquieu'sche Forderung nach Teilung der Gewalten im Staate und ihre Durchführung in den drei bayerischen Verfassungen

---

Inaugural=Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der
juristischen Fakultät
der
Friedrich=Alexander=Universität zu Erlangen

---

Vorgelegt von
**Heinrich Scheidig,**
Referendar am Amtsgericht Nürnberg

1930

Ph. C. W. Schmidt'sche Buchdruckerei, G. m. b. H., Neustadt a. d. Aisch

Referent: Universitätsprofessor Dr. Max Wenzel



Angenommen 25. Oktober 1930.

Meinem treuen Kameraden,
meiner lieben Mutter und Schwester
gewidmet.

# Inhaltsverzeichnis:

# Literaturverzeichnis:


Annalen des Deutschen Reiches, 1875; Aufsatz von v. Stengel S. 1313 ff.

Anschütz, Gerh.: Die Verfassung des Deutschen Reiches, 9. Auflage, Berlin 1930.

Bähr, Otto: Der Rechtsstaat, Cassel 1864.

Bayer. Gemeindezeitung 1919—21: Aufsatz von Dr. O. Woerner: „Die bayerische Verfassung von 1919“. 1926, S. 426: Hch. v. Jan: Landtag und Staatsregierung.

Blätter für administrative Praxis VII Nr. 1 S. 1 ff.

Buchner, Andreas: Geschichte Bayerns, München 1853.

Dock, Adolf: Der Souveränitätsbegriff von Bodin bis Friedrich d. Großen, Straßburg 1897.

Dock, A.: Revolution und Restauration über Souveränität, Straßburg 1900.

Doeberl, Dr. Ludwig: Maxim. v. Montgelas und das Prinzip der Staatssouveränität, München 1925.

Doeberl, Michael: Entwicklungsgeschichte Bayerns, München 1912.

Doeberl, Michael: Ein Jahrhundert bayerischen Verfassungslebens, München 1918.

Edel, Carl: Das königl. bayer. Gesetz vom 1. 2. 56, Nördlingen 1857.

Edel, Carl: Das königl. bayer. Gesetz vom 10. 11. 1861, Nördlingen 1862.

Fleiner, Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen 1928.

Gneist, Rud. von: Verwaltung, Justiz und Rechtsweg, Staatsverwaltung und Selbstverwaltung, Berlin 1869.

Gneist, Rud. von: Der Rechtsstaat, Berlin 1872.

Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart 1903, Wien, Seite 1, Aufsatz von Gg. Jellinek: „Eine neue Theorie über die Lehre Montesquieu's“.

Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Band XV. 1927, Aufsatz von Hch. v. Jan: „Verfassung und Verwaltung in Bayern von 1919—26“. Band IX, Aufsatz von Dr. Robert Piloty: „Die bayerische Verfassung vom 14. 8. 1919“.

Jan, Heinrich von: Bayer. Verfassungsurkunde, Berlin 1927.

Jellinek, Georg: Allg. Staatslehre, Berlin 1922.

Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, Berlin 1928.

Kahr, G. v.: Das bayer. Gesetz über die Errichtung des VGH. und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen, Nördlingen 1879.

Kaiserfeld: Verwaltungsgerichtshof und Verwaltungsreform, Wien 1875.

Krabbe, H.: Die moderne Staatsidee, Haag 1929.

Krais, Wilhelm: Das bayer. Gesetz über die Errichtung des VGH. und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen, erläutert, Erlangen 1879.
Kratzer, Dr. Jakob: Die Verfassungsurkunde des Freistaates Bayern, München 1925.
Kritische Vierteljahresschrift, Band XI. 1869, Seite 379, Aufsatz: „Zur Gesetzgebung über die Verwaltungsrechtspflege in Bayern“.
Kübler, Dr. Bernh.: Geschichte des Römischen Rechtes, Leipzig 1925
Laband, P.: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Berlin 1911—14.
Laubmann-Doeberl: Denkwürdigkeiten des Grafen Montgelas über die innere Staatsverwaltung Bayerns, München 1908.
Lerchenfeld, G. v.: Geschichte Bayerns unter Max. Joseph, Berlin 1854.
Leuckart v. Weißdorf: Verfassungsurkunde des Königreichs Bayern, Ansbach 1905.
Fr. Lindner-Hauck: Der Verwaltungsgerichtsprozeß in Bayern, München 1894.
Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, München 1924. 3. Auflage.
Meyer, Georg: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, München 1913.
Meyer-Anschütz: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, Leipzig 1919. 7. Auflage.
Karl v. Montesquieu: de l'esprit des lois, Altenburg 1782.
Du Moulin-Eckart: Bayer. Geschichte unter dem Minister Montgelas, München 1895
Nawiasky, Hans: Bayer. Verfassungsrecht, München 1923.
Nawiasky, Hans: Die Stellung der Regierung im modernen Staat, Tübingen 1925.
Oeschey, Rudolf: Die bayer. Verfassungsurkunde von 1818 und die Charte Ludwig XVIII., München 1914.
Pfizer, G.: Reform der Verwaltungsrechtspflege, Stuttgart 1873.
Piloty, Dr. Robert: Verfassungsurkunde für das Königreich Bayern, München 1907.
Pözl, Dr. Joseph: Lehrbuch des bayer. Verfassungsrechtes, München 1870.
Politische Zeitfragen, Jahrgang 4, Heft 1, München 1922: Aufsatz von Fr. Schäffer: „Ein bayerischer Staatspräsident?“.
Puchta, W. H.: Die Landgerichte in Bayern und ihre Reform, Erlangen 1834.
Rosenthal: Geschichte des Gerichtswesens und der Verwaltungsorganisation Bayerns, Würzburg 1899.
Rothenbücher, Karl: Die Stellung des Ministeriums nach bayer. Verfassungsrecht, München 1922.
Seydel: Bayer. Staatsrecht, Freiburg 1896.
Seydel-Graßmann: Bayer. Staatsrecht, Tübingen 1903.

Schmitt, Carl: Verfassungslehre, München 1928

Schmittheimer: Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechtes, Gießen 1845.

Schuster, Josef: Rückblick über die Entwicklung der bayer. Behörden und Stellen der Justiz, Innere-, Finanz- und Forstverwaltung, Regensburg 1926.

Sitzungsberichte der philosoph.-historischen Klasse der bayerischen Akademie der Wissenschaften, Band 1924, Vortrag von Michael Doeberl: „Rheinbund-Verfassung und bayer. Konstitution".

Sitzungsberichte der Ausschüsse des bayer. Landtags, mit Beilagen-Bänden.

Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Landtags mit Beilagen-Bänden.

Waldecker Ludwig: Allgemeine Staatslehre, Berlin 1923.

Weber, Dr. Friedrich: Die Verwaltungsgerichtsverfassung und der Prozeß in Verwaltungsrechtssachen, Würzburg 1879.

Wenzel, Dr. Max: Juristische Grundprobleme I., Berlin 1920.

Wenzel, Dr. Max: Der Gesetzesbegriff der RV. in den „Veröffentlichungen der deutschen Staatsrechtslehrer", Bd. 4.

Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Band 77, Seite 822 ff., Aufsatz von Stier-Somlo: „Die Lehre von der Gewaltenteilung und die neuen deutschen Verfassungen".

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1920, S. 57 ff. Aufsatz von Dr. Robert Reindl: „Die rechtliche Stellung der Staatsräte nach der bayerischen Verfassungsurkunde von 1919".

Zweig, E.: Die Lehre vom pouvoir constituant, Tübingen 1929.

Außerdem:

Regierungsblatt für das Königreich Bayern 1801—7.

Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Bayern seit 1818.

Intelligenzblatt für das Königreich Bayern 1818—24.

Regierungs- und Intelligenzblatt für das Königreich Bayern 1825

Regierungsblatt für das Königreich Bayern 1826—73.

# Einleitung.

Fast zweihundert Jahre sind verstrichen, seit Montesquieu sein Werk „de l'esprit des lois" vollendet hat und sein Einfluß ist noch nicht gebrochen. Ja man kann sagen, durch die Ereignisse der letzten Jahrzehnte haben diese Gedanken erst nochmals neues Leben in sich gesogen. Noch stets war es so, daß die geistigen Führer eines Volkes, die keineswegs mit den politischen zusammen zu fallen brauchen, in mühevoller Kleinarbeit die neuen Gedanken erarbeiten mußten, die erst viele Jahre später so recht zum Gemeingut ihres Volkes oder doch dessen herrschender Schicht werden konnten. Erst wenn dieser Prozeß beendet oder fast beendet war, erst dann zeigte sich in der Regel auch eine ausdrückliche rechtliche Niederlegung des nunmehr Errungenen. Nicht wird das wirklich pulsierende Staats- und Völkerleben sich auf die Dauer in die Schablone einer Theorie zwängen lassen, sondern umgekehrt wird d a s L e b e n, die Wirklichkeit, jeweils anzeigen, inwieweit es bereits einen Gedanken in sich aufgenommen hat, inwieweit ein solcher zum allgemeinen Gut, zur „Forderung seiner Zeit" geworden ist.

Diese Ueberlegungen sind bei unserem Thema festzuhalten, wenn wir uns von ausgeklügelten Konstruktionen und lebensunwahren Theorien fernhalten sollen. Nicht darf demnach die Frage lauten, ob und inwieweit in einem bestimmten Zeitabschnitt der Staat sich in der Lage sah, die Montesquieu'schen Gedanken ganz oder teilweise durchzuführen, sondern wir müssen stets die Frage stellen, ob und inwieweit bewußt oder — wie es meist der Fall ist — unbewußt die jeweils sich frei und gemäß den Erfordernissen des Lebens herausgebildeten Formen des Staatslebens die Gedanken Montesquieu's widerspiegeln.

Die Arbeit dürfte sich rechtfertigen lassen, aus dem Gedanken heraus, daß man jetzt, nach zwölf Jahren der großen Staatsumwälzung des Reiches und Bayerns, schon in der Lage ist, die Dinge zu überblicken. Wenn wir dabei obige Ueberlegungen im Auge behalten, dann wird es uns gelingen, zum Verständnis der Grundgedanken unserer Staatsform und -organisation hindurchzudringen.

## § 1.

## Die Lehre Montesquieu's und ihre Umbildung in Deutschland.

1a) Die Lehre Montesquieu's von der Trennung der Gewalten ist in ihren Anfängen schon einige tausend Jahre früher gefunden worden, ehe derjenige, der sie voll entwickeln sollte, ja eigentlich erst schuf, gelebt hat. Die Erkenntnis, daß man alle

staatliche Tätigkeit in drei wesensverschiedene Arten zerlegen und unter diese subsumieren kann, rührt schon von Aristoteles her. Schon bei diesem finden wir die Beschreibung der „drei Stücke jeder Staatsgewalt“.[1]) Indem er die Tätigkeit der obersten Organe der griechischen Stadtstaaten, nämlich die des Rates, der Behörden und Volksgerichte schildert, hat er zugleich auch die Einteilung der Staatstätigkeiten selbst gefunden. Er schloß demnach rückwärts von der Verschiedenheit der Organe auf die Wesensverschiedenheit ihrer Funktionen.[2])

1b) Bei den Römern finden wir, da ihnen ein Staatsrecht im heutigen Sinn beinahe fremd ist,[3]) — trotz der schon frühzeitigen Ausbildung von Gesetzgebung und Justiz —[4]) fast nichts über das Funktionenproblem. Nur bei Polybius (210—127 vor Chr.) sind Anklänge an derartige Gedankengänge vielleicht vorhanden.

1c) Im Mittelalter spielt dieses Gewaltenteilungsproblem natürlicherweise keine Rolle. Kennt doch das Mittelalter bei der Einartigkeit seines Rechtes keinen Unterschied von privatem und öffentlichem Recht, bei seiner eigenartigen Staatsauffassung kein „Staatsrecht“,[5]) wie wir es heute verstehen. Es hat deshalb eine Behandlung der Funktionenlehre sinngemäß kaum stattgefunden.[6]) Erst nachdem infolge der gewaltigen geistigen Umstellung seit Ausgang des Mittelalters von Italien her über Frankreich nach Deutschland von dem allmählichen Entstehen und Herausbilden eines modernen Staates und damit auch eines modernen Staatsbegriffes gesprochen werden kann, kommt auch die Frage der Gewaltenteilung wieder in Fluß.

1d) Die naturrechtliche Schule war es, die im Verein mit der außenpolitischen Entwicklung, mit der Umstellung der Regierungsart nach Innen, insbesondere derjenigen der Finanzwirtschaft und Steuerpolitik, mit der Schaffung eines einzig vom Fürsten abhängigen Beamtentums und eines stehenden Heeres, endlich mit dem ius reformandi auf religiös-politischem Gebiet, den modernen Staat, vorzüglich durch die Theorie des ius politiae, schuf, zuerst das Problem wieder aufgriff und weiterbildete. Jetzt hatte diese Frage auch Sinn und Zweck, nachdem sie unmittelbare Bedeutung für Volk und Staat, für Obrigkeit und Untertan gewonnen hatte. Denn — wie

---

[1]) Pol. IV. 1297b, 1298a. Arist. meint natürlich die Welt der griechischen Staaten. Andere gab es nach griechischer Ansicht überhaupt nicht.

[2]) Gg. Jellinek, allg. Staatslehre S. 596.

[3]) Waldecker a. a. O. S. 375.

[4]) Fällt doch die Errichtung der 1. Prätur in das Jahr 367 v. Chr. Vergl. Kübler a. a. O. S. 83 ff.

[5]) Nur ganz wenige Begriffe, die sich um die Person des Königs ranken, sind, um nicht zu sagen öffentlich rechtlich, so doch wenigstens nicht privatrechtlich gedacht.

[6]) Bei Marsilius v. Padua sind allerdings in dieser Richtung Anzeichen vorhanden.

bereits oben angedeutet — in dem mittelalterlich, privatrechtlich-patrimonial gedachten Staat ist kein Platz und kann keiner sein für eine Gewalten- d. h. für eine Funktionenteilung und organisatorische Abgrenzung der einzelnen Arten der staatlichen Tätigkeiten gegeneinander im Montesquieu'schen Sinn. Wo sollte denn in einem Privatbesitz und -eigentum der Anlaß und die Möglichkeit einer Abspaltung der verschiedenen Rechte, die bei dieser Staatsauffassung alle aus dem Eigentum und dem Büschel der anderen begrenzten Rechte stammen, kraft deren der Fürst „regierte", herkommen? Voraussetzung solcher gegenüber dem mittelalterlich aufgebauten Weltbild [7]) neuartig anmutender Gedanken über den Staat und das Wesen des Staates ist ganz naturgemäß der moderne Staat selbst, der sich gerade jetzt nach zwei verschiedenen Richtungen hin zu der auf dieser Stufe höchstmöglichen Vollendung im Staate eines Friedrich des Großen einerseits und eines Ludwig XIV. andererseits herausgebildet hatte. Damit war die Grundlage und der Nährboden für die Lehre Montesquieu's gegeben.

2a) Hatte Hobbes noch eine Lehre von der Teilung der Souveränität zwischen mehreren Staatsgliedern als eine aufrührerische bezeichnet, [8]) die nur die Vernichtung und Zersetzung des Staates zur Folge habe, so unterschied Locke in seinem „Two treatises on government" von 1689, Anklänge von Althusius und Grotius weiterführend, bereits eine legislative Gewalt als die herrschende und dieser untergeordnet die Exekutive. [9]) Neben diese stellt er eine föderative d. h. die nach außen gerichtete, auswärtige [10]) und eine prärogative Gewalt d. h. diejenige, die dem Monarchen zu freiem, pflichtmäßigem Ermessen nach Abzug der parlamentarischen Beschränkungen, wie sie England hatte, zukam. Diese Vierteilung ist in Wirklichkeit auf eine Zweiteilung zurückzuführen, auf die Verteilung der Gewalten zwischen dem König, dem Inhaber der Föderative, Prärogative und Exekutive auf der einen Seite und dem Parlamente auf der anderen.

2b) Montesquieu selbst, auf Locke und Shaftesbury [11]) gestützt und von Bolingbroke und Swift beeinflußt, geht über die bisherige reine Feststellung, [12]) daß verschiedene Gewalten im Staate

---

[7]) Es ist wohl berechtigt von „Weltbild" und nicht nur von der „Staatsauffassung" der damaligen Zeit zu reden, da gerade diese bisher die völlige Einheit der ganzen Welt hochgehalten und verteidigt hatte, wobei dem Staat nur eine bestimmte Aufgabe in dieser universalen Einheit zugefallen war. Man denke nur an die Zwei-Schwerterlehre Bernhard v. Clairvaux's.

[8]) De cive XII 5.

[9]) Gg. Jellinek, a. a. O. S. 602.

[10]) Vergl. Carl Schmidt, Verfassungslehre S. 428.

[11]) Waldecker a. a. O. S. 412.

[12]) Irgend eine praktische Folgerung oder eine Forderung ergab sich für alle seine Vorgänger nämlich aus der von diesen getroffenen Einteilung nicht.

unterschieden werden müßten, hinaus. In seinem berühmten Werke „De l'esprit des lois" von 1748 stellt er im 6. Kapitel des 11. Buches als Grundlage seiner späteren Ausführungen folgenden Satz auf: [12a]) „In jedem Staate gibt es drei Arten von Gewalten, die gesetzgebende, die vollziehende und die richterliche Gewalt." Durch die erste dieser drei Gewalten gibt der Fürst oder ganz allgemein gesprochen, die Obrigkeit, Gesetze, (sei es neue oder solche aufhebender oder ändernder Natur), vermöge der zweiten schließt er Frieden oder erklärt er Krieg, besitzt er die aktive und passive Gesandtschaftsfähigkeit, hält er die Sicherheit des Landes, insbesondere gegenüber feindlichen Angriffen, aufrecht. Die dritte übt er, wenn er Verbrecher bestraft oder zivilrechtliche Streitigkeiten entscheidet. [13])

Er stellt nun die Behauptung auf, — diese ist nach seiner Meinung die Triebkraft, die zur Durchführung seiner Forderungen in jedem Kulturstaate drängt, — daß, solange in ein und derselben Person oder Körperschaft die Gesetzgebungsmacht, die richterliche Gewalt und die Exekutive vereinigt sind, es keine Freiheit in einem Staate geben könne. Es sei stets zu befürchten, daß tyrannische Gesetze nicht nur erlassen, sondern auch tyrannisch vollzogen werden würden. In einem freien Staat aber wolle und solle sich jeder Bürger selbst regieren. Um der politischen Freiheit des Einzelnen willen stellt also Montesquieu seine Forderungen. Was aber ist unter „Freiheit" hierbei zu verstehen? Sicher nicht die Freiheit im philosophischen Sinn der Unabhängigkeit der Willensentschließung auf Basis der Vernunft, auch nicht in dem Sinn des völligen Losgelöstseins von allen staatlichen Bindungen — dies ist ja überhaupt bei einem geordneten staatlichen Zusammenleben der Menschen gar nicht denkbar —, sondern als politische Freiheit, d. h. als „Unabhängigkeit gegenüber der obrigkeitlichen Einwirkung". [14]) Es ist also die Wendung Montesquieu's: „la liberté est le droit de faire tout, ce que les lois permettent" der gleiche Gedanke, wie der des Allgemeinen Preußischen Landrechtes, wenn es sagt: „Die Handlungen, welche weder durch natürliche, noch durch positive Gesetze verboten worden sind, werden erlaubt genannt. [15])

Die Freiheit in politischer, staatsbürgerlich-rechtlicher Beziehung, bei der der Einzelne also nicht nur Objekt, sondern selbst

---

[12a]) Vergl. zu diesem Abschnitt: Montesq.: de l'esprit des lois Buch 11, 6. Kap.

[13]) M. meint also mit Gesetzgebung, Exekutive und richterlicher Gewalt die materiellen Begriffe, d. h. er spricht von den Gewalten, wie sie sich ihrem inneren Wesen nach von einander unterscheiden. Zunächst verstand M. übrigens unter „Exekutive" nicht, was wir heute darunter begreifen, sondern nur die Vertretung des Staates nach außen und den militärischen Oberbefehl. Später erst erweiterte sich der Begriff, sodaß er heute die ganze Verwaltungstätigkeit, also Regierung und Vollziehung umspannt.

[14]) Waldecker a. a. O. S. 412.

[15]) A. L. R. § 87, I., Einleitung.

mit Subjekt der Regierung wird und seinen Anteil an der Gestaltung des Gesamtverhältnisses hat, ist es, die Montesquieu für jeden Staat fordert.

Das Verhältnis von Rechtsprechung und Rechtsetzung muß zur Sicherung der Freiheit nach Montesquieu folgendermaßen sein. Es muß die richterliche Gewalt von der gesetzgebenden getrennt sein, andernfalls würde die Macht über Leben und Freiheit der Bürger willkürlich[16]) und despotisch sein. Denn der Richter würde als Gesetzgeber nach den von ihm selbst erlassenen und nur nach seinem Willen geformten Normen auch urteilen können.[17]) Deshalb fordert Montesquieu, daß die richterliche Gewalt nicht einem permanenten Senat verliehen, sondern durch Personen geübt werde, die aus dem Volk auf bestimmte Zeit gewählt werden. Aus diesen Gewählten soll dann nach Bedürfnis des Einzelfalles und nur auf solange ein Gerichtshof gebildet werden.

Ueber die Gesetzgebung und ihre Ausübung stellte Montesquieu folgende Grundsätze auf: In einem freien Staate muß, so meint Montesquieu, das Volk in seiner Gesamtheit die „pouvoir legislatif" inne haben. Die Ausübung dieser Gewalt würde jedoch in größeren Staaten, wie sie heute die Regel sind, dem Volke selbst unmöglich sein, in kleineren mit großen „Inkonvenienzen" verknüpft sein. Aus diesem Grunde muß das Volk durch „représentants"[18]) alles das tun, was es nicht selbst tun kann. Die représentants sind in zwei Häuser gegliedert, in eine Versammlung der Vertreter derjenigen Bürger, die sich durch Geburt, Reichtum oder Ehrenstellen auszeichnen, in Sonderheit also des Adels und in eine Volksvertretung im engeren Sinn. Dabei sollen die Abgeordneten der zweiten Kammer von den Bürgern auf bestimmte Zeit gewählt werden, wobei grundsätzlich allgemeines und gleiches Wahlrecht herrschen soll, während die Zugehörigkeit zur ersten Kammer erblich ist.[19]) Diese Erblichkeit, meint Montesquieu, ergebe sich aus der Natur und der Eigenart dieser Körperschaft. Hat sie doch als Hauptaufgabe die ihren Mitgliedern zustehenden Vorrechte, die in einem freien Staate ohnehin immer bekämpft werden, zu verteidigen. Ein allgemeiner Auftrag der Wähler für die Abgeordneten der zweiten Kammer genügt, ein besonderer Auftrag für

---

[16]) „arbitraire" = der Willkür eines Einzelnen preisgeben (vergl. Sachs — Villatte). Gemeint ist also die Preisgabe von Leben und Freiheit an die willkürliche Herrschaft eines Einzelnen oder einer Körperschaft.

[17]) Aehnlich in der Begründung auch schon Locke.

[18]) Das sind aber keine „Vertreter" i. S. des bürgerlichen Rechts. Auch bedarf es keiner Instruktion durch die Wähler für den Einzelfall. Es genügt der allg. einmalige Auftrag, der in der Wahl liegt. Jeder Abgeordnete soll das Gesamtinteresse, nicht das seiner Wähler oder seines Wahlbezirkes allein wahrnehmen. Vergl. RV. A. 21.

[19]) Ueber moderne Feinheiten unserer Wahlgesetze finden wir bei Montesquieu naturgemäß nichts.

den Einzelfall[20]) kann ebensowenig erteilt werden, wie eine bestimmte Weisung, der der Abgeordnete zu folgen hätte. Eine Parallele mit den Ständevertretern des alten deutschen Reichstages läßt sich also nicht ziehen. Die Abgeordneten beider Kammern haben stets das Gesamtinteresse, nicht nur das ihres Wahlbezirkes oder ihrer Wähler zu vertreten.[21])

Sonstige aktive Beschlüsse außer der Wahl hat nach Montesquieu das Volk nicht zu fassen. Ein Volksentscheid oder ein Volksbegehren ist daher von ihm nicht vorgesehen.

Die Exekutive[22]) endlich soll in den Händen eines Monarchen liegen. Es entspricht einem tiefen Verständnis für die praktische Abwicklung des Staatslebens, wenn Montesquieu gerade die Exekutive, die nach seiner Anschauung die auswärtige Gewalt und den Oberbefehl über das Heer umfaßt, einem Einzigen, der rasch und entschlossen den Augenblick wahrnehmen kann, zuteilt. Der Fürst, der Träger der Exekutive, soll aber eine andere Staatstätigkeit, außer dem gleich zu besprechenden Vetorecht gegenüber der Gesetzgebung, nicht entfalten.

2c) Die Trennung der Gewalten nach materieller und organisatorischer Richtung hin würde zur Sicherung der Freiheit des Einzelnen nicht genügen. Das lebendige, funktionierende Leben erfordert unbedingt ein enges Zusammenwirken aller Gruppen und Vertreter der Staatsorgane. Um das erreichen zu können, ohne dadurch eine Gefährdung der politischen Freiheit des Einzelnen, wie der Gesamtheit, herbeizuführen, bedarf es der näheren Regelung des Verhältnisses der verschiedenen materiellen und formellen Staatsfunktionen zu einander. Dies hat Montesquieu sehr wohl erkannt und deshalb geboten, daß die drei Schwestern Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung stets in bestimmter Balance zu einander gehalten werden sollen. Als Zentralmittelpunkt der ganzen spekulativen Betrachtung erscheint bei Montesquieu demnach der Satz: „Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.“[23])

Dieses gegenseitige Funktionieren und gleichzeitige Im-Zaum-halten will Montesquieu auf folgende Weise erreichen:

---

[20]) Vergl. A. 21 RV.

[21]) Bei der ersten Kammer besteht die Gefahr einer Wahrnehmung nur der eigenen und der Standesinteressen ganz besonders. Sie soll deshalb in Angelegenheiten, bezüglich derer ein hervorragend starkes Staatsinteresse vorhanden ist, wie zum Beispiel bei der Steuergesetzgebung, die ja gerade ihre Mitglieder zur Tragung der Lasten heranzieht, nur das Recht der Billigung oder der Versagung derselben, nicht aber das Recht der selbständigen Beschlußfassung haben.

[22]) Dieser Begriff hat, wie bereits oben angedeutet, seit M. eine bedeutende Erweiterung erfahren.

[23]) Vergl. esprit XI., 4.

Die Legislative könnte an sich dem Wesen des Gesetzes nach sich allmählich alle Gewalt beilegen, ohne daß die beiden anderen Gewalten imstande wären, sich irgendwie dagegen zu wehren. Jedenfalls wäre dies theoretisch denkbar und würde eine trockene Revolution darstellen. Um dies zu verhindern und einem Verschwinden der Lebensberechtigung und des Betätigungsgebietes für Exekutive und Rechtsprechung entgegentreten zu können, muß die Exekutive [24]) ein Vetorecht gegenüber den Beschlüssen der Legislative besitzen. Umgekehrt dagegen ist ein solches Veto für die Legislative den Handlungen der Exekutive gegenüber nicht nötig, denn schon dem materiellen Inhalt nach ist die Exekutive und erst recht die Rechtsprechung in ihrem Umfang begrenzt. Auch bedarf gerade die Exekutive freier Hand zu raschem Tun und die Rechtsprechung einer besonders gesteigerten Unabhängigkeit. Immerhin muß die Exekutive wenigstens eine Ueberwachung teils in Form einer Aufsicht, in einigen Fällen auch in der gesteigerten Form der unmittelbaren Mitwirkung bei Vornahme bestimmter Verwaltungsakte durch die Legislative erfahren. Eine Ausnahme von dieser Kontrollbefugnis macht nur die Person des Fürsten. Seine Person „doit ètre sacrée". Er ist dem Staat notwendig, denn wäre er nicht vorhanden, so würde an Stelle der Freiheit der konstitutionellen Monarchie eine unfreie Republik treten. Um diese Lücke aber auszufüllen, verlangt Montesquieu die Einführung des Institutes der Ministerverantwortlichkeit. [25]) An Stelle des Fürsten sollen seine allein von ihm abhängigen Minister eventuell zur Verantwortung gezogen werden können. Montesquieu glaubt nämlich, daß sie allein an einer schlechten Staatsverwaltung schuld seien. Die Minister müssen ihre eigenen Handlungen und Unterlassungen, die ihres Fürsten, welche sie ausdrücklich oder stillschweigend gebilligt haben, sowie die der ihnen nachgeordneten Behörden und Beamten vertreten. Allerdings ist von einem Mißtrauensvotum und einem etwa dadurch herbeigeführten Rücktritt keine Rede. [26]) Die Verantwortlichkeit besteht auch nicht wie heute bei uns dem Parlament, sonderm dem König gegenüber.

Trotzdem in diesem System Legislative und Exekutive und auch die Rechtsprechung wie die Räder eines Uhrwerkes ineinander

---

[24]) Ihr und nicht der Rechtsprechung kommt diese Aufgabe zu. Die richterliche Gewalt ist ihrer Stellung und ihrem Wesen nach zur Wahrnehmung dieser Aufgabe nicht geeignet.

[25]) Allerdings noch nicht in dem Sinne einer mehr politischen, als rechtlichen Abhängigkeit der Minister vom Parlament, wie wir sie heute kennen.

[26]) Ob trotz des Fehlens einer jurist. Abhängigkeit vom Parlament nicht doch infolge der politischen Machtkonzentration hinter demselben und der Verteilung der politischen Kräfte eine tatsächliche Abhängigkeit der Regierung vom Parlament besteht, ist Frage des Einzelfalles. Auf die juristische Fixierung allein kommt es nicht an.

greifen und eines vom anderen in seinem Gang abhängt, kann man doch nicht sagen, Montesquieu habe eine Verschmelzung der Gewalten gelehrt.[27]) Die diesbezüglichen Ausführungen von Rehm und Richard Schmidt sind durch Gg. Jellinek auch wohl widerlegt.[27])

3a) Gelegentlich macht man Montesquieu den Vorwurf, er habe nur nachgebetet, was andere längst vor ihm gefunden hätten. Allein das ist nicht richtig. Zwar baut er auf seinen Vorgängern weiter, aber sein Verdienst ist es, als erster über die bloße Unterscheidung verschiedener Staatstätigkeiten hinaus zu Forderungen und dem Aufbau eines in sich geschlossenen Systems fort- und weitergeschritten zu sein, wenn er verlangt, daß diese drei Gewalten in zweifacher Weise geschieden werden sollen. Einmal soll die Rechtsetzung, Rechtsprechung und materielle Verwaltungstätigkeit, wie sie sich ihrem inneren Wesen und Inhalt nach von einander abheben, streng geschieden werden und zum anderen soll jede dieser wesensverschiedenen Staatstätigkeiten auch einer selbstständigen, von den anderen beiden stets unabhängigen Organgruppe übertragen werden.[28]) Ein völlig eigener Behördenapparat ist für jede materielle Staatsfunktion aufzubauen. An der jeweiligen Behörde, mit der man eventuell in Berührung kommt, soll man also bereits feststellen können, welcher Art ihre Tätigkeit ist. Es ist also die Forderung nach „reinlicher organisatorischer Scheidung", [29]) die Montesquieu aufstellt. Auch sollen die Behörden einer Organgruppe allein und ausschließlich nicht nur alle Tätigkeit, die einer Staatsfunktion angehört, ausüben, sondern auch umgekehrt keinerlei andere, materiell zu einer anderen Staatsfunktion gehörigen Geschäfte besorgen. Die Verwaltungsbehörden zum Beispiel sollen alle materielle Verwaltungstätigkeit, aber auch nur diese besorgen. Entsprechendes gilt auch für die Organe der Gesetzgebung und Rechtsprechung. Formelhaft ausgedrückt kann man vielleicht sagen: Je eine materielle Staatstätigkeit hat sich mit einer formellen zu decken.[30])

3b.) Weiterhin hat man der Montesquieu'schen Lehre vorgeworfen, von einer Mehrheit der Gewalten und deren Teilung könne überhaupt nicht gesprochen werden. Denn die Staatsgewalt sei ihrem Wesen nach unteilbar, sie stelle ein einziges Ganzes, einen Kräftekomplex dar, wobei man sehr wohl verschiedene

---

[27]) Vergl. Gg. Jellinek, „Eine neue Theorie über die Lehre Montesquieus", in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 1903.

[28]) Die französische Constituante hat diese Lehre mit der Maßgabe übernommen, daß die gesetzgebende Gewalt über den beiden anderen, einander gleichgeordneten, stehe.

[29]) Vergl. Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 8 ff.

[30]) Allerdings kennt M. selbst bereits verschiedene Ausnahmen von diesem Grundsatz. Darüber s. u.

Seiten, nie aber verschiedene Teile unterscheiden könnte.[31]) Dies ist heute allgemein angenommen. Es handelt sich in der Tat nicht um eine Teilung der einigen, allumfassenden, unbegrenzten Staatsgewalt, sondern um die Scheidung verschiedener Staatsfunktionen, die sich aus dem Zweck des Staates ergeben und um die verschiedenen Formen, in welchen sich die staatliche Tätigkeit zur Erreichung dieser ihrer Zwecke nur bewegen kann. So kommt man zur Unterscheidung von Rechtsetzung und Rechtsprechung vorzüglich aus dem Rechtszweck des Staates[32]) und zur Aussonderung und Zusammenfassung der übrigen Staatstätigkeit als der Verwaltung[33]) aus dem Kulturzweck und dem Bestreben des Staates, seine Machtstellung zu erhalten und zu stärken.

3c) In der Folgezeit hat man das Verhältnis der drei Staatsfunktionen zu einander nicht mehr im Sinne der völligen Gleichordnung aufgefaßt, sondern hat der Gesetzgebung eine übergeordnete Stellung eingeräumt.[34]) Ihr muß naturgemäß der Vorrang zukommen, weil die anderen beiden Funktionen gewissermaßen erst von ihr und durch sie Leben und Aufgabe erhalten. Dies ist ganz klar, was die Exekutive anlangt. Es gilt aber auch für die richterliche Staatstätigkeit. Denn wenngleich diese auch ebensowenig wie die Verwaltung rein und ausschließlich Gesetzesvollziehung besorgt, so wird doch für sie, wie auch für die Verwaltung, Richtlinie und Tätigkeitsform in den allermeisten Fällen durch Gesetz bestimmt. Wenn man unter „Gesetzgebung" auch die Verfassungsgesetzgebung mit begreift, dann kann man wohl sagen, daß überhaupt erst durch die Legislative Justiz und Verwaltung im formellen Sinne geschaffen worden sind.

4a) In Deutschland fand diese Lehre Montesquieu's naturgemäß erst einige Zeit später wie in Frankreich, während der konstitutionellen Bewegung, mit Beginn des 19. Jahrhunderts, ihren Eingang.[35]) Aber nicht in ihrer ursprünglichen Gestalt, sondern beeinflußt, um- und weitergebildet von Rousseau, Sieyès und Constant, wurde sie von Deutschland akzeptiert. So, wie die

---

[31]) Vergl. Gg. Meyer, Deutsches Verwaltungsrecht S. 3 ff., Deutsches Staatsrecht S. 135. Vergl. auch Waldecker, a. a. O. S. 680; Gg. Jellinek, a. a. O. S. 609.

[32]) Natürlich treffen hier immer mehrere Faktoren zusammen. Doch wird einer davon stets die Hauptrolle spielen und das ist hier der Rechtszweck des Staates.

[33]) Die ganze übrige Staatstätigkeit wurde bald nach Montesquieu unter dem Namen Exekutive zusammengefaßt, der Begriff also, wie bereits oben angedeutet, erweitert.

[34]) Vergl. Anmerkg. 28.

[35]) Nur in einer Hinsicht waren diese Ideen bereits früher auch in Deutschland, wenigstens in einigen seiner Staaten, insbesondere in Preußen, verwirklicht. Es war dies die Sonderstellung der Justiz als dem rechtsprechenden Organ, die sich im Laufe des 18. Jahrhunderts herausgebildet hatte.

Lehre in der französischen Charte Ludwig XVIII. ihren Niederschlag gefunden hat, wurde sie für unser Vaterland von grundlegender Bedeutung. Die Charte wurde, wie später die belgische Verfassung, d a s Verfassungsvorbild für Deutschland.

4b) Nach der als der Lehre vom „monarchischen Prinzip“ bezeichneten deutschen Theorie geht aber die unteilbare und einige Staatsgewalt allein vom Monarchen aus, der an sich ihr unbeschränkter Träger, sowohl in der Richtung der Innehabung, wie auch in der Richtung der Ausübung der Staatsgewalt ist. Aehnlich wie im absoluten Staat ist der Monarch auch jetzt noch der Mittelpunkt und die Quelle aller Macht im Staate. Wenn er sich zum Erlaß einer Verfassung bereitfindet, die von den neuen staatsrechtlichen Ideen der Aufklärung getragen und erfüllt ist, so ist dies eine Aeußerung seines eigensten, völlig freien und schrankenlosen Willens. Es liegt also auf der Seite des Monarchen eine freiwillige Selbstbeschränkung vor, wenn er in einer Verfassung durch eine gewählte Volksvertretung dem Volk Anteil an der Gesetzgebung dadurch gewährt, daß er in der Verfassung bestimmt, daß Gesetze nur künftig durch Uebereinstimmung von Volksvertretern und Monarchen über einen Gesetzesentwurf zustande kommen sollen. Dasselbe gilt für die Einräumung der sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit der Richter hinsichtlich ihrer richterlichen Tätigkeit. Es liegt darin zugleich ein Verzicht auf die Ausübung von Kabinettsjustiz. Es gibt ja nur die beiden Möglichkeiten: Entweder dem Fürsten die Staatsfunktionen der Innehabung nach bis auf eine, nämlich die Verwaltung, ganz zu entziehen oder ihm zwar auch noch an der Gesetzgebung Anteil zu belassen, zugleich aber noch daran ein anderes Organ bei der Ausübung zu beteiligen und durch Ueberwachung des Monarchen bei der Führung der Staatsverwaltung deren willkürliche Handhabung hintanzuhalten. Diesen Weg wählte man in Deutschland.

Hat der Fürst einmal die Verfassung erlassen und beschworen, so ist er auch an sie gebunden. Damit bekommen aber sämtliche Gesetze nunmehr auch ihm und allen ihm nachgeordneten Behörden gegenüber Unverbrüchlichkeit, da es jetzt nicht mehr allein in seiner Macht steht, die einmal erlassenen Gesetze abzuändern oder aufzuheben. Nunmehr sondern sich auch die formellen Gesetze von den bloßen Dienstvorschriften und Verwaltungsverordnungen. Die Führung der Staatsverwaltung, die dem Monarchen allein verbleibt, geschieht also jetzt in den von den Gesetzen gesteckten Grenzen.

Was aber wird denn nun in Deutschland unter Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung eigentlich verstanden? Wir erinnern uns, daß Montesquieu diese Begriffe nur ganz im allgemeinen umschrieben hat.[36]) Eine genauere Definition derselben

[36]) Vergl. Anmerkg. 13.

werden wir erst bei der Behandlung der einzelnen bayerischen Verfassungen aufzustellen suchen. Denn diese Begriffe sind stets aus dem jeweils geltenden Recht heraus zu finden.

4c) In dieser Gestalt hielten die staatsrechtlichen Gedanken Montesquieu's von Frankreich her in Deutschland, insbesondere auch in Süddeutschlands führendem Staat Bayern, ihren Einzug.

Allein es wäre völlig verfehlt, wenn man glauben würde, daß die Staatsmänner der damaligen Zeit nunmehr die Verfassungen und Gesetze streng nach der Montesquieu'schen Schablone geformt hätten. Es vollzieht sich die Entwicklung eines lebendigen Staatsorganismus eben nicht in ausgeklügelten, theoretisch erdachten Bahnen, sondern, wie das Leben überhaupt, in selbstgewählten, nicht im voraus festlegbaren Formen. Dies zeigt sich in Frankreich selbst, in England ebenso wie in Nordamerika. Ja, auch Montesquieu kannte gewisse Durchbrechungen von dem Grundprinzip der Gewaltenteilung, so z. B. wenn er die Exekutive von der Legislative kontrollieren läßt und umgekehrt der Exekutive ein Vetorecht der Legislative gegenüber zugesteht. Desgleichen, wenn er der ersten Kammer die richterliche Gewalt über den Adel und die Großen des Landes zuteilt. Eine bis zur äußersten Extreme gehende Durchführung der Gewaltenteilung ist also von ihrem Schöpfer selbst nicht vorgesehen, jedenfalls in Deutschland nicht aufgenommen worden. Ganz mit Recht sagt Gg. Jellinek: „Nicht architektonische Schönheit, sondern politische Zweckmäßigkeitsrücksichten sind es, die die wirkliche Staatsordnung bestimmen und mancherlei Abweichungen selbst von ausdrücklich anerkannten Regeln herbeiführen.“ [37])

Aus diesen Ueberlegungen heraus ist aber zu folgern, daß formelle und materielle Staatsfunktion sich nicht völlig decken können, vielmehr Umfang und Inhalt der durch Jahrhunderte hindurch sich bildenden formellen Staatsfunktionen eben nur geschichtlich erklärt zu werden vermögen. Man kann deshalb für Deutschland nicht sagen, die Gesetzgebung umfasse alle Rechtsetzung, aber auch nur diese, die Tätigkeit der Justiz sei nur Rechtsprechung, umfasse aber diese völlig und die Verwaltung besorge sämtliche Verwaltungsgeschäfte und keine anderen. Vielmehr gilt, daß zwar jede der drei materiellen Funktionen den Hauptinhalt der entsprechenden formellen Funktion bildet, aber weder dadurch die ganze Tätigkeit dieser formellen Staatsfunktion erschöpft ist, noch auch keine andere Stelle im Staate mehr Angelegenheiten derselben materiellen Natur besorgt. Unbestritten ist, daß die Verwaltung auch noch bei Erlaß von Rechtsverordnungen ein Stück Rechtsetzung übt und bei der Justiz, daß sie ein Stück echte Verwaltung, nämlich die Justizverwaltung, führt. Aber auch die Legislative erledigt noch andere staatliche Tätigkeiten außer

---

[37]) Vergl. Gg. Jellinek a. a. O. S. 615.

der reinen Rechtsetzung, so jedenfalls materielle Verwaltung,[38]) in manchen Fällen auch Rechtsprechung.[39])

5a) Im folgenden ist es nach all dem Gesagten daher unsere Aufgabe, in den Verfassungen und den unmittelbar damit zusammenhängenden, großen, grundlegenden Gesetzen Bayerns während des letzten Jahrhunderts zu forschen, inwieweit, teils bewußt, meist aber ohne dabei gerade an die Verwirklichung der Montesquieu'schen Ideale zu denken, die Staatsmänner des bayerischen Königsreiches und jetzigen Freistaates diese Gedanken sichtbar ausgeprägt haben.

5b) Der Einfluß der französischen Philosophie und Staatsrechtslehre war demnach überwiegend ein indirekter. Zuerst mußten diese Gedanken mehr oder weniger in das Bewußtsein des Volkes oder doch dessen führender Schicht eindringen und dann erst konnte sie irgendwann ihre rechtliche Verankerung erfahren. Auch hier in Bayern bedingen sich, wie überall, Theorie und Leben gegenseitig. Das Leben aber bedarf der immerwährenden Befruchtung durch große geistige Ideen; andererseits können diese dauernden Einfluß nur gewinnen, wenn ihre Zeit gekommen, d. h. die Menschen für sie reif geworden sind und sie sich zu eigen gemacht haben.

## § 2.

## Die bayerische Konstitution vom Jahre 1808 und die Montesquieu'schen Ideen.

1.) Wir haben bereits festgestellt, daß die modernen Staatsrechtsprinzipien zur unerläßlichen Voraussetzung das Vorhandensein eines modernen Staates, im Gegensatz zum mittelalterlichen Staatsgebilde, haben. Nur dann lassen sie sich mehr oder weniger praktisch durchführen, wenn der geeignete staatliche Untergrund gegeben ist, d. h. eine einheitliche, ihrem Wesen nach unbegrenzte, allumfassende Staatsgewalt[1]) als ein unmeßbares, ungeheures Kräftezentrum sich herausgebildet hat, die alles, was sich ihr in den Weg stellt, rücksichtslos zu Boden wirft, wenn es das Wohl und der Zweck des Staates erfordern. Hier regiert der Fürst nicht mehr um seiner selbst willen, vielmehr wird er aus einem privatrechtlich gedachten Territorialeigentümer zum öffentlichrechtlichen Organ des Staates, der sich selbst gehört. Nicht von der Nutzung des Bündels von Rechten, die er zufällig in seiner Hand vereinigt und die sich mehren oder mindern

---

[38]) Ob auch im Erlaß einzelner „rein formeller Gesetze“ materielle Rechtsetzung liegt (so Wenzel a. a. O. gegen die herrsch. Meinung), oder nicht, ist bestritten.

[39]) z. B. nach der a. RV., wonach der Reichstag selbst sein eigenes „Wahlprüfungsgericht“ war.

[1]) Erfaßt werden davon Menschen und Gegenstände, insbesondere wegen ihrer räumlichen Lage, erstere aber auch wegen ihrer bloßen Staatszugehörigkeit.

können, z. B. durch Kauf, Pfandgabe, Erbgang u. s. w., ist mehr die Rede, sondern allein vom Staatseigentum, vom Gedeihen und der Glückseligkeit des Volkes, der Untertanen.

2.) Ein solches Staatsgebilde war in Preußen, nachdem bereits der Große Kurfürst den Grund dazu gelegt hatte, durch den großartigen, bei all seiner Kleinarbeit doch weitschauenden Friedrich Wilhelm I. vorbereitet und schließlich durch Friedrich II., den Großen, als ein gewaltiger Bau aufgerichtet worden.

3a) In Bayern ist in der gleichen Zeit noch nichts von einer Neugestaltung des Staates zu bemerken. Hier ließ die „Revolution von oben“ noch einige Menschenalter länger auf sich warten, ging aber dann unter dem größten aller bayerischen Staatsmänner, Maximilian v. Montgelas, um so rascher vor sich. Sie konnte gar nicht eher einsetzen, denn erst seit dem Jahre 1799 finden wir nach jahrhundertlanger Trennung die ganzen wittelsbachischen Lande unter einem Szepter vereinigt. Wenn auch seit Albrecht IV., dem Weisen, das für Bayern so dringend nötige Primogeniturgesetz aus dem Jahre 1506, in Verbindung mit der testamentarischen Verordnung von 1578, die der Kaiser bestätigt hatte, den unheilvollen Teilungen, an denen Bayern zu verbluten drohte, ein Ende bereitete, so dauerte es doch beinahe noch 300 Jahre, ehe alle Gebiete, die bunt genug aneinander gereiht worden sind, für immer zusammenwuchsen und dem Verschmelzungsprozeß, der sie zu einer Staatseinheit machen sollte, unterworfen werden konnten.

3b) Zwar war schon mit dem Tode Max III. Joseph's die Ludwig'sche Linie der Wittelsbacher erloschen und Bayern mit der Pfalz unter der Rudolf'schen Linie vereinigt worden. Allein Karl Theodor besaß wohl nicht das tiefe Interesse für die bayerische Erbschaft, behielt vielmehr seine Vorliebe für die pfälzischen Lande bei und mit genauer Not wurde durch das Eingreifen Friedrichs II., des Großen, der schon lange geplante Ländertausch mit dem Hause Habsburg hintertrieben. (Bayern dankt demnach Friedrich II. zum großen Teil die Erhaltung seiner Selbstständigkeit und Eigenstaatlichkeit.) Karl Theodor's Nachfolger, Max IV. Joseph, der spätere König Max I. Joseph, war es, der mit scharfem Blick denjenigen Mann erkannt hatte und auf den rechten Führerposten stellte, der Bayern einer neuen Epoche entgegenführen und es grundlegend umwandeln sollte.

3c) Dieser Mann war Maximilian v. Montgelas.[2]) Montgelas, der in Straßburg und Nancy studiert und eine durchaus im Sinne der Aufklärung gehaltene Bildung empfangen hatte, war nach Beendigung seiner Studien zunächst in die Dienste Karl Theodors getreten; später als Illuminat in Ungnade gefallen, war er in den

[2]) Vergl. über Leben und Persönlichkeit des Grafen Montgelas neben Doeberl, Entwicklungsgeschichte Bayerns auch Ludwig Doeberl, a. a. O. und Du Moulin-Eckart, bayerische Geschichte unter Max Joseph.

Dienst Max Josephs von Zweibrücken [3]) — Birkenfeld getreten und kam erst mit diesem Fürsten nach Bayern zurück. Nunmehr konnte er, als die rechte Hand seines Herrn und Kurfürsten, an die Verwirklichung seiner Ideen und die Durchführung seines Staatsideals, eines modernen, straff zentralisierten Einheitsstaates nach französischem Muster, herangehen.

4a) Als Max IV. Joseph die Lande übernahm, bestand Bayern in der Hauptsache aus den beiden Hauptländern Bayern und Pfalz und einer Reihe selbständiger Nebenländer. Jedes dieser Territorien hatte eine eigene Verfassung und es wurde dieses Konglomerat einzig durch den dominus terrae, der sie in seiner Hand vereinigte, zusammengehalten. Es ist demnach von erheblicher rechtlicher Bedeutung, wenn die offizielle Bezeichnung des Landesherrn „Pfalzgraf bei Rhein, in Ober- und Niederbayern Herzog, auch Herzog zu Gülch, Kleve, Berg, Landgraf zu Leuchtenberg u. s. w." lautete. [4]) Bayern befand sich damals noch sehr in dem mittelalterlich-patrimonialen Zustand, nach welchem Land und Leute Objekte persönlicher Besitz- und Herrschaftsrechte waren, die Regierung um der persönlichen und dynastischen Interessen des Fürsten willen geführt wurde, Beamte und Offiziere als persönlich verpflichtete Diener des Landesherrn galten. [5])

4b) Dieses „Aggregat verschiedenartiger Bestandteile" galt es nun in einen einheitlichen Staat, der unteilbar, unpfändbar und unveräußerlich ist, der allein sich selber gehört, also eine Staatspersönlichkeit darstellt, zu verwandeln. Erst wenn dies geschehen war, konnte auch das Ziel und der Zweck für diesen Staat aus der neuen staatsrechtlichen Philosophie übernommen werden. Als solche betrachtete die naturrechtliche Schule die Erreichung des größtmöglichen Glückes, der Zufriedenheit und Glückseligkeit der Bürger, gemäß dem eudämonistisch-utilitarischen Prinzip.

5a) Zwei staatsrechtliche Ereignisse jener Zeit wurden für Bayern und dessen Umstellung in einen modernen Staat von ausschlaggebender Bedeutung. Es waren dies der Reichsdeputationshauptschluß und der Friedensschluß zu Preßburg[6]). Brachte der Reichsdeputationshauptschluß vom 25. Februar 1803 den Anlaß und die Grundlage einmal für die Bildung einer einheitlichen Staatsgewalt nach innen, sodann für die Einführung einheitlicher Rechtsnormen auf öffentlich-rechtlichem wie privatrechtlichem Gebiete, weil der Wegfall des Prälatenstandes und die großen Neuerwerbungen an Gebieten und Rechten verschiedensten rechtlichen Charakters eine umfassende Neuorganisation des Staates notwendig machten, so brachte

[3]) Vorher war er im Dienst Karls v. Zweibrücken gestanden bis zum Jahre 1795. Vergl. Buchner, a. a. O. Bd. 10, S. 5 Anmerkg.

[4]) Vergl. Ludwig Doeberl, a. a. O. S. 9.

[5]) Siehe Anmerkg. 4.

[6]) Vergl. Ludwig Doeberl, a. a. O. S. 8.

der Friede von Preßburg die „plenitude de la souveraineté" und die Lösung aus dem Reichsverband[7]), wodurch die Möglichkeit der Aufhebung der Ständeverfassungen, des Austrittes aus dem deutschen Reich, der Annahme des Königstitels sowie des Erlasses einer neuen einheitlichen Staatsverfassung geschaffen wurde.

5b) Montgelas legte nämlich die „souveraineté", die nunmehr dem Reich gegenüber unbeschränkt war[8]), nicht nur als völlige Unabhängigkeit nach außen, jeder anderen auswärtigen Macht gegenüber aus, sondern er leitete gleichzeitig daraus die Ermächtigung des Fürsten zur völligen Neugestaltung des Staatsbaues nach innen hin ab. Nun hatte man mit dem Wachstum der Machtfülle auch den Mut gefunden, den Kampf mit den „Staaten im Staate", insbesondere den Ständen, aufzunehmen. Hatte bereits eine Verordnung vom 8. VI. 1807[9]) die bisherigen Befreiungen von den Staatslasten, die Aufhebung der ständischen Kassen und die unmittelbare Erhebung der Steuern durch den Staat selbst verfügt,[10]) so hob die Verordnung vom 1. V. 1808[11]) die in den einzelnen Territorialgebieten mehr oder minder verschieden ausgeprägten Ständeverfassungen und landschaftlichen Korporationen auf.[12]) Zugleich wurde eine neue allgemeine, für das ganze Reich einheitliche Repräsentation angekündigt.

6a) Die Einheit des Staates betonte mit vollem Bewußtsein zum erstenmal, als Nachläufer zum Ansbacher Hausvertrag von 1796, die Domanialfideikomißpragmatik vom 20. Okt. 1804. Obwohl noch in patrimonialer Verkleidung,[13]) atmet sie doch bereits den Geist des modernen Staatsrechtes. Sie erklärte den ganzen Komplex sämtlicher Erbstaaten an Ländern, Leuten, Herrschaften, Gütern, Regalien u. s. w. mit allem Zubehör für eine einzige unteilbare, unveräußerliche Fideikomißmasse. Das fürstliche Kammergut wurde verstaatlicht und mit dem Staatsgebiet und den übrigen Hoheitsrechten zu einem unauflöslichen Ganzen vereinigt.

6b) Hand in Hand damit ging der Neuaufbau der Behördenorganisation. Durch die Verordnung vom 25. Febr. 1799 wurde

---

[7]) Zwar blieb Bayern formell noch bis Juli 1806 Mitglied des deutschen Reiches, aber es war tatsächlich keinerlei Verbindung mehr zwischen Reich und Einzelstaat vorhanden. Ueberdies hatte Bayern seit dem Friedensschluß von Preßburg eine eigenartige Zwitterstellung dem heiligen römischen Reich gegenüber. Es hatte nämlich keinerlei Pflichten mehr, wohl aber noch seine Rechte, insbesondere das der Kurwürde.

[8]) Anders also wie bisher seit dem Osnabrücker Frieden v. 1648, wenigstens de iure.

[9]) Vergl. Rg. Bl. S. 969 ff., Jahrgg. 1807.

[10]) Vergl. auch Seydel I. S. 97.

[11]) Vergl. Rg. Bl. v. 1808 S. 962.

[12]) Eine Deklaration v. 1806 hatte bereits die hohe Gerichtsbarkeit dem Staat allein vorbehalten und den patrimonialen Gerichten, wo sie solche noch besaßen, genommen.

[13]) Montgelas konnte damals aus staatsrechtlichen Gründen noch gar keine andere Form wählen.

eine Ministerialverfassung nach dem Realsystem eingeführt, die 1801 und 1806 weiter ausgebaut wurden. Gleichzeitig wurden die Gerichte und Verwaltungsbehörden organisatorisch umgestaltet. Schon im Jahre 1799, bald nach der neuen Ministerialverfassung, wurden als Zentralverwaltungsbehörden an Stelle einer Vielheit zerspaltener Verwaltungsstellen eine Generallanddirektion und Landesdirektionen eingerichtet. dafür die Oberlandesregierung, die drei Hofkammern und verschiedene Spezialbehörden aufgehoben. Neu wurden auch das Stiftungs- und Armenwesen geregelt. die gemeindlichen Verhältnisse im Sinne einer strengen, zentralistisch angehauchten Staatskuratel festgelegt, die Finanzbehörden zentralisiert u. a. m.

7a) Auf diese Vorarbeit folgte endlich. als allerdings nur vorläufiger Schlußstein der ganzen Staatsumwälzung, am 25. Mai 1808 die neue, bereits angekündigte Konstitution, die weitgehendst unter dem Einfluß der westfälischen Verfassung Jerôme's steht, ja oft wörtlich sich an dieselbe anlehnt. Dieses neue Verfassungswerk sollte, um mit Doeberl zu sprechen, „das bisherige Reformwerk ergänzen und fortbilden“. [14]) Darum ergingen in der Folgezeit eine Reihe organische Edikte zu ihrer näheren Ausführung. Hierin liegt die eigentliche Wirkung der Konstitution. Auf ihr und den aus ihr herausgewachsenen konstitutionellen Edikten basiert der ganze moderne Staat Bayern. [15])

7b) Die obersten, leitenden Grundgedanken Montgelas', nämlich die Einheit und die Souveränität des Staates zu erreichen, sind auch naturgemäß die der Konstitution. Von einer „Freiheit“ der Untertanen, einer politischen Freiheit und aktiven Anteilnahme am Staatsleben, so, wie sie Montesquieu für jeden Staat als Grundbedingung forderte, kann bei Montgelas natürlich daher keine Rede sein. Er wehrt sich ganz instinktiv gegen derartige Strömungen und Einflüsse. Sie sind ihm seiner völkischen Natur und Einstellung nach auch völlig wesensfremd. Außerdem hält er das „bayerische Volk“ nicht für reif genug, als daß man ihm eine solche Freiheit geben könnte.

Aber trotz dieser grundverschiedenen Auffassung sind doch wenigstens in zarten Anfängen manche Gedanken Montesquieu's in der Konstitution verwirklicht worden. [16])

---

[14]) Bezeichnet sich ja die Konstitution selbst als die „Grundlage der künftigen Verfassung des Reiches“ und stellt eine Reihe organische Edikte in Aussicht. Vergl. Doeberl, Ludwig, a. a. O. § 1.

[15]) Vergl. Mich. Doeberl in den Sitzungsberichten der Akademie der Wissenschaften, Bd. 1924, S. 45.

[16]) Hier zeigt sich, was oben bereits ausgeführt worden ist, daß geistige Ideen auch oft gegen den Willen der jeweils herrschenden Menschen sich unwillkürlich ausprägen.

8a) Rufen wir uns ins Gedächtnis zurück, was Montesquieu verlangte und vergleichen wir, wie die Konstitution jeweils darüber spricht! Zunächst das Gebiet der Gesetzgebung!

Während nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung die gesetzgebende Macht beim Volk liegen soll, letztere also allein alle Rechtsnormen zu setzen hat, dagegen keine andere Staatstätigkeit erledigen soll, bestimmt die Konstitution über die gesetzgebende Gewalt und ihre Ausübung allerdings etwas ganz Entgegengesetztes. Sie bestimmt zwar im Titel I § 2, daß eine Nationalrepräsentation als Volksvertretung für das ganze Königreich eingerichtet werden soll und führt die näheren Einzelheiten in Titel IV auch aus. (Ein organisches Edikt über die Nationalrepräsentation, die Kreisdeputationen und Wahlversammlungen vom 20. April 1808 sollte diese Bestimmung ergänzen.) Allein trotz der vorgelegenen königlichen Zustimmung zu dem Gesetzesentwurf wurde dieses Gesetz niemals verkündet. Ebensowenig trat die Nationalrepräsentation jemals ins Leben. Selbst aber wenn dies geschehen wäre, so wäre trotz alledem von einer „Volksvertretung", einer Gliederung derselben in zwei getrennt tagende Kammern, die mit Gesetzesinitiative und gesetzesbeschließender Macht ausgestattet sind, nichts zu verspüren gewesen.

8b) Das zeigt sich schon in der Zusammensetzung, die diese Repräsentation hätte haben sollen. Titel IV § 1 [17]) bestimmte nämlich, daß in jedem Kreise aus denjenigen 200 Grundbesitzern, Kaufleuten oder Fabrikanten, die die höchste Steuer bezahlen, durch sog. Wahlmänner, also nicht, wie Montesquieu verlangte, durch jeden Bürger, 7 Mitglieder gewählt werden sollten, die dann zusammen die Reichsversammlung und zwar e i n e Kammer darstellen sollten. Das ganze Reich zerfiel nach Titel I § 4 und der dazu ergangenen Verordnung vom 21. Juni 1808 in 15 gleiche Kreise, deren Grenzen wie in Frankreich, nach natürlichen Grenzen, insbesondere nach Flüssen, gezogen wurden. 1810 wurden diese bereits wieder geändert. Sonach wären 105 Abgeordnete für das ganze Königreich zu wählen gewesen. Weder die allgemeine Wahl, noch auch die direkte wäre hier also geltendes Recht gewesen. Ja, so gewaltig unterscheidet sich die Konstitution von der Auffassung Montesquieu's in diesem Punkte, daß man fast sagen kann, eine wirkliche W a h l sei überhaupt nicht vorgesehen gewesen. Vor allem deswegen nicht, weil auch die Wahlmänner nicht etwa vom Volk oder von einem Bruchteil desselben gewählt werden sollten, sondern von einer W a h l v e r s a m m l u n g, deren Stellen vom König, also vom Inhaber der Exekutive, auf Lebenszeit vergeben werden sollten. Die Mitglieder dieser letzteren wären aus den 400 Grundbesitzern, Kaufleuten und Fabrikanten des Bezirkes, die die

[17]) Gemeint sind hier und im folgenden die Bestimmungen der Konstitution.

höchste Grundsteuer bezahlen nach dem Verhältnis von 1 : 1000 Einwohnern zu nehmen gewesen. Man sieht, die „Volksvertretung" der Konstitution ist nach Montgelas' Willen eine große Null, ein Instrument des Königs und seiner Minister. Denn nie würde in die Nationalrepräsentation jemand gegen den Willen des Fürsten gelangen. Selbst wenn also diese Volksvertretung gesetzesbeschließende Macht gehabt hätte, so könnte man trotzdem nicht von einer „Trennung" der Exekutive von der Legislative sprechen. Doch wurde auch diese Stellung der Nationalrepräsentation nicht eingeräumt. Denn so verschieden die Montesquieu'schen Kammern und die bayerische Nationalrepräsentation zustande kommen, so verschieden sind auch ihre Befugnisse. Es ist allerdings einzuräumen, daß auch die Nationalrepräsentation mit der Gesetzgebung des Staates in Verbindung steht. Ferner wird sie auch, wie die Volksvertretung Montesquieu's, vom König zusammenberufen, eröffnet und beschlossen. Desgleichen werden die Präsidenten und die Sekretäre vom König ernannt. Aber grundverschieden sind beide „Volksvertretungen" hinsichtlich ihrer Befugnisse und Aufgabenkreise. Denn die Nationalrepräsentation hat keine Befugnis Beschlüsse mit Gesetzeskraft zu erlassen, ebensowenig auch ein Initiativrecht. Sie ist also lediglich beratendes Organ, dem die Gesetzesentwürfe und die der allgemeinen Verordnungen zur Durchberatung und Begutachtung vorgelegt werden. Besonders aufgestellte Kommissionen sollten gebildet werden, so für Finanzen, für bürgerliches Recht, für die peinliche Gesetzgebung, wie auch für das Gebiet der inneren Verwaltung. So oft der König es begehrte, sollte die einschlägige Kommission mit der entsprechenden Abteilung des geheimen Rates über Gesetzesentwürfe, Hauptreglement und die Tilgung der Staatsschulden korrespondieren. Die Entwürfe sollten durch einige Mitglieder des geheimen Rates bei der Nationalrepräsentation eingebracht werden. Die Abstimmung hätte bei dieser geheim und mit absoluter Mehrheit zu erfolgen gehabt. Aber welche Wirkung eine solche „Abstimmung" hat, darüber sagte die Konstitution klugerweise kein Wort. Aus der ganzen Einstellung und den damaligen Verhältnissen heraus ist aber die Antwort so zu geben, daß nach wie vor allein der Monarch es ist, der die Gesetze erlassen kann. Die Repräsentation ist nichts anderes als eine nur beratende Körperschaft, nicht also an der Ausübung eines Teiles der Staatsgewalt selbständig und unabhängig beteiligt.[18]) Montgelas dachte ja garnicht daran, eine mit positiven Rechten und wirklicher politischer Macht ausgestattete Volksvertretung zu schaffen. Eine solche hätte dem ganzen „System Montgelas" glatt widersprochen.

---

[18]) Aehnlich wie in der westfälischen Verfassg. Jerome's. Diese ist überhaupt das maßgebende Vorbild f. d. Konst.

8c) Alleiniger Träger und ausübender Faktor, auch hinsichtlich der gesetzgebenden Gewalt, ist also nach wie vor der König und nur dieser. Er allein bezw. die von ihm ermächtigten Stellen können Gesetze und Rechtsverordnungen erlassen. Es ist dies zwar nicht ausdrücklich in der Konstitution ausgesprochen, wie dieselbe ja überhaupt über die Rechte der Krone fast gar nichts sagt, aber es ist dies auch nicht nötig. Man muß nämlich bedenken, daß vor dem Erlaß der Verfassung dem König alle Rechte zukamen. Soweit sie ihm durch die Verfassung aber nicht ausdrücklich der Ausübung nach entzogen worden sind, behielt er sie natürlich auch unter der Verfassung. Die Vermutung der Innehabung und der Ausübung der Rechte spricht demnach für den König. Die stehende Formel für den Erlaß von Gesetzen und Verordnungen ist daher auch weiterhin „Wir bestimmen und verordnen wie folgt".

9.) Was haben wir aber unter „Gesetz" im Sinne der Konstitution zu verstehen? Eine ausdrückliche Begriffsbestimmung gibt sie nicht. Lediglich der Inhalt, den ein Gesetz möglicherweise haben kann, wird im Titel IV § 6 umschrieben. Dort ist die Rede von Gesetzesentwürfen über Finanzen, bürgerliche und peinliche Gesetzgebung, über solche der inneren Verwaltung und der Staatsschuldentilgung. Unter Gesetz im formellen Sinn (und darauf kommt es hier ja besonders an) ist also jede vom Monarchen erlassene Anordnung zu verstehen, die vorher als Entwurf Gegenstand der Korrespondenz zwischen den einschlägigen Kommissionen und Abteilungen der Nationalrepräsentation und des geheimen Rates und außerdem Gegenstand der Abstimmung in der Nationalrepräsentation, bevor die sich in dem Erlaß der betreffenden Anordnung äußerlich zeigende Zustimmung des Königs gegeben wurde, gewesen war. Der materielle Gesetzesbegriff dagegen ist so festzulegen, daß darunter jede Rechtsnorm des obersten Machthabers, also des Königs, fällt, wobei für die Gegenstände des bürgerlichen Rechtes, des Strafrechtes und damit auch des Prozeßrechtes, der Finanzen, der inneren Verwaltung und der Staatsschuldentilgung regelmäßig formelle Gesetze vorgeschrieben sind. Der materielle Gesetzesbegriff also umfaßt auch alle die Anordnungen des Monarchen, die nicht stets der ausdrücklichen Gesetzesform bei ihrer Normierung bedürfen. Nichtsdestoweniger haben diese aber die gleiche Kraft wie „Gesetze". Denn angenommen, es würde ein Gegenstand, der nach der Konstitution nur durch formelles Gesetz geregelt werden sollte, in einer bloßen Verordnung des Fürsten behandelt, wäre dann eine solche etwa nicht rechtsverbindlich? Das wird doch niemand behaupten wollen. Der materielle Gesetzesbegriff muß also so, wie er oben gegeben ist, lauten. Der formelle Begriff des Gesetzes hat unter der Herrschaft der Konstitution eigentlich noch gar keinen praktischen Wert. Denn von einer wirklichen Mitwirkung einer Volksvertretung ist ebenso wenig beim Erlaß der Gesetze die Rede, wie von einer Bindung des Königs und der ihm nachgeordneten Stellen an diese.

10.) Anschließend an den Begriff des formellen Gesetzes sei auch kurz von dem der Verwaltung und der Rechtsprechung gehandelt. Die Veränderung des Begriffes der Verwaltung bezw. der Exekutive seit Montesquieu wurde oben schon dargestellt. Die Konstitution gibt auch für die Verwaltung keine positive Begriffsbestimmung. Man wird sagen müssen, daß sie darunter alle Staatstätigkeit versteht, die nicht Gesetzgebung und nicht Rechtspflege ist. Sie kommt in ihrer Gesamtheit, sofern nichts anderes bestimmt ist, dem König zu. Der materielle und der formelle Begriff decken sich also hier ebenso wenig, wie bei der Gesetzgebung. Denn der König übt auch noch andere Tätigkeiten, die ihrem Wesen nach nicht als Verwaltung angesprochen werden können. Man denke nur an die oben behandelte Rechtssetzung. Man sieht, die Konstitution hat wenigstens zwischen der Gesetzgebung und den anderen Staatsfunktionen insofern bewußt einen erkennbaren Unterschied gemacht, als man von einem, wenn auch sehr laxen formellen Gesetzesbegriff, den sie aufstellt, sprechen kann. Aber gerade die Forderung Montesquieu's, nämlich, daß diese ihrer Art nach von den anderen zu scheidende Staatstätigkeit allein und ausschließlich vom Volk und seiner Vertretung bezw. nach der deutschen Umbildung der französischen Theorie, nach dem „monarchischen Prinzip", durch vereintes Zusammenwirken von Volksvertretung und Fürst ausgeübt werden sollte, ist nicht erfüllt. Der Träger und Ausüber der Exekutivgewalt ist vielmehr zugleich der oberste Gesetzgeber.

11.) Der V. Titel der Konstitution handelt von der Justiz. Zu diesem Titel erging ein organisches Edikt am 24. Juli 1808. Es wurden dadurch die bisherigen Hofgerichte, die seit der Verordnung vom 5. November 1802 zu ständigen und selbständigen, nicht mehr erst nach Bedürfnis sich aus dem Hofrat oder der Regierung formierenden Behörden geworden waren, in Appellationsgerichte und ein Oberappellationsgericht umgewandelt. Diese besorgten in der Tat nur noch materielle Rechtsprechung, wenigstens in der Hauptsache. Der Begriff der Rechtsprechung ist der Konstitution gleichfalls bekannt, wenngleich sie auch ihn nicht klar herausgearbeitet hat. Sie versteht jedenfalls darunter diejenige Staatstätigkeit, die durch Anwendung von abstrakten, für unbestimmt viele Fälle gegebenen Rechtsnormen und durch Subsumierung der Tatsachen eines konkreten, einzelnen Streitfalles unter diese, feststellt, was in dem betreffenden Fall rechtens ist. Diese Tätigkeit bildet den Hauptinhalt der Arbeit der Justizbehörden. Aber auch sie erschöpft dieselbe nicht, denn sie haben darüber hinaus noch andere Aufgaben, die ihrem Wesenskerne nach nicht unter diesen Begriff der Rechtsprechung fallen. Man denke nur an die freiwillige Gerichtsbarkeit. In der oberen Instanz war demnach durch die Neuorganisation der Gerichte und durch die Errichtung von Landesdirektionen, die die Verwaltungsgeschäfte nunmehr übernahmen, die

Trennung von Justiz und Verwaltung bereits durchzuführen begonnen worden. Unter dem Oberappellationsgericht und den Appellationsgerichten standen als untere Instanzen die Stadt- und Landgerichte und bzw. oder die Patrimonialgerichte. Bei diesen Stellen fehlte die Trennung von Justiz und Verwaltung noch vollständig. Auch die Rechtsetzung ist ihnen noch nicht ganz entzogen. Die Landgerichte und Patrimonialgerichte hatten die gesamten Staatsverwaltungsgeschäfte, soweit sie nicht die auswärtige Verwaltung, die der Finanzen und im bestimmten Umfange auch des Militärs betreffen, zu führen. Insbesondere fiel also in ihren Wirkungskreis das ungeheuer große und vielgestaltige Gebiet der polizeilichen Tätigkeit. Rechtsetzung besorgten sie in dem Umfange und innerhalb derjenigen Grenzen, wie sie die Gesetze oder die Rechtsverordnungen des Monarchen ihnen zuteilte. Es liegt darin allerdings eine Art Vollziehung der Gesetze und Verordnungen, aber da die Ermächtigungen, die den unteren Behörden dadurch gegeben wurden, noch ziemlich unbeschränkter Natur waren und meistens einer sog. Generalklausel ähnelten, so kann man doch noch von „Rechtsetzung“ dieser Stellen sprechen. Man sieht, es liegt hierin zweifellos ein Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip.

Da in den oberen Instanzen, wie oben bereits ausgeführt, eine Trennung von Justiz und Verwaltung und ebenso auch der Rechtsetzung eingetreten war, so war das Verhältnis der Unter- zu den oberen Instanzen derartig, daß die Landgerichte in Justizsachen dem nächst höheren Gericht, in Regierungs- und Polizeisachen aber der vorgesetzten Verwaltungsbehörde unterstanden.

Vielfach findet man bereits in Organisationsverordnungen und Dienstinstruktionen die äußerliche Unterscheidung von richterlichen Geschäften und von Verwaltungsaufgaben, welche durch die Landgerichte zu erledigen gewesen sind. Allein aus dieser Unterscheidung darf man nicht etwa schließen, daß doch bereits eine Trennung von Justiz und Verwaltung stattgefunden hätte, wie sie Montesquieu begehrt. Denn der springende Punkt bei dieser äußerlichen Unterscheidung der Zuständigkeiten ist darin zu finden, daß die nach ihrer materiellen Verschiedenheit unterschiedenen Aufgaben trotzdem von einer u. derselben Behörde vorgenommen werden. So wenig wie die Einrichtung verschiedener Amtszimmer, in denen derselbe Beamte verschiedene Staatsgeschäfte besorgt, eine völlige Trennung von Justiz und Verwaltung bedeutet, so wenig liegt eine solche in der sauberen materiellen Scheidung wesensverschiedener Aufgaben, wenn dieselben trotzdem ein und derselben Behörde übertragen werden.

12.) Die Patrimonialgerichtsbarkeit zu beseitigen, gelang Montgelas nicht vollständig. An sich widerspricht sie ja dem Gewaltenteilungsprinzip. Aber dadurch, daß den staatlichen Ge-

richten allein die hohe Gerichtsbarkeit zukam und außerdem im geordneten Instanzenzug vom Patrimonialgericht an ein staatliches Gericht gegangen werden konnte, wird diese Durchbrechung der Montesquieu'schen Forderung im weitgehendsten Maße geheilt. Auch darin kam die Ein- und Unterordnung der Patrimonialgerichte unter die des Staates und damit die Einheit der Gerichtsbarkeit äußerlich zum Ausdruck, daß auch sie „im Namen des Königs" Recht sprachen.

13.) Die Richter sind nach der Konstitution, wenigstens soweit es sich um staatliche Gerichte handelt, Staatsbeamte, wie denn überhaupt in Deutschland von einer Richter w a h l, wie Montesquieu sie begehrte, nie ernstlich gesprochen worden ist. Die Richter werden vom König frei auf Lebenszeit ernannt. (§ 3, Ti. V.) Die Lehre vom monarchischen Prinzip hatte eben eine Richterwahl durch das Volk nicht mit aus Frankreich übernommen.

Der in Preußen schon längst entwickelte Grundsatz der Unabhängigkeit der Richter hinsichtlich ihrer sachlichen Entscheidung, ebenso wie der ihrer Unabsetzbarkeit sind jetzt auch in Bayern gesetzlich niedergelegt. Der Kabinettsjustiz wird dadurch der Umweg über die willkürliche Ab- und Besetzung der Richterstellen mit ihr gefügigen Kreaturen versperrt. Aber auch die eigentliche Kabinettsjustiz selbst, das Recht des Fürsten, als alleiniger Träger der richterlichen Gewalt jede Sache an sich zu ziehen und selbst zu entscheiden, oder, zwar ein Gericht entscheiden zu lassen, ihm aber den Inhalt des Urteils vorzuzeichnen, ist jetzt bis auf wenige Ausnahmen beseitigt. Zwar ist der Monarch noch immer Inhaber der richterlichen Gewalt und in seinem Namen wird Recht gesprochen. Aber er darf, infolge seiner freiwilligen Selbstbeschränkung in kein anhängiges Zivil- oder Strafverfahren eingreifen, ein solches Verfahren weder hemmen, noch niederschlagen. Er kann also nicht mehr, wie es bisher hieß, eine Sache „aus beweglichen Ursachen" an sich ziehen und entscheiden.[19]) Wohl aber kann der Monarch Gnade erteilen, nachdem die Strafe verhängt worden ist. Er kann dieselbe ganz oder teilweise erlassen oder mildern. Es liegt darin kein Verstoß gegen die Montesquieu'sche Theorie, denn es sind dies eben materiell betrachtet keine Akte der Rechtspflege, sondern solche der Verwaltung.[19]a) Insofern verstößt demnach diese Bestimmung durchaus nicht gegen die reinliche organisatorische Scheidung der Staatstätigkeiten. Bemerkenswert ist auch, daß nunmehr der Fiskus, d. h. der Staat, als Rechtssubjekt in privatrechtlichen Streitigkeiten, sich den ordentlichen Gerichten unterwirft. Dabei kann aber in den einzelnen Zeitepochen, wie es denn auch

---

[19]) Vergl. Seidel a. a. O. S. 19 § 7.

[19]a) Bestritten: Nawiasky u. v. Jan betrachten sie als materielle Verwaltg., a. M. Anschütz.

wirklich der Fall war, der Kreis der Streitigkeiten, die als privatrechtlich betrachtet werden, wechseln.

14.) Die Verwaltung des Reiches regelt in großen Zügen der III. Titel der Konstitution. Wer Inhaber der Exekutivgewalt ist, sagt die Konstitution nicht. Aus diesem Schweigen ist zu entnehmen, daß dies natürlich der Monarch ist. Ihm kommt deshalb alle Gewalt zur Ausübung zu, soweit es sich um Verwaltung im materiellen Sinne handelt. Die der Konstitution bekannten anderen Institutionen sind nur dem König gegenüber untergeordnete Hilfsorgane, die ihn weder zu beschränken, noch zu beeinflussen vermögen. Ihm kommt also die auswärtige Gewalt zu, er hat die Leitung der gesamten Politik, ebenso die Militärgewalt, von der der VI. Titel handelt, er führt aber auch die ganzen übrigen Verwaltungsgeschäfte, insbesondere die innere Verwaltung und die der Finanzen.

Die Konstitution bestätigt die seit 1799 mehrmals umgestaltete Ministerialverfassung nach dem Realsystem, behält die klassische Fünfzahl der Ministerien bei, gibt aber die Möglichkeit der Vereinigung mehrerer Ministerien in einer Hand.[20]) Hierin liegt aber noch keine Durchbrechung der Gewaltenteilung. Es handelt sich ja nur um eine Verteilung der Geschäfte innerhalb der Verwaltung.

Wir erinnern uns, daß Montesquieu, getreu seinem Satz „il faut que . . . . . le pouvoir arrête le pouvoir" fordert, daß die Verwaltung der gesetzgebenden Körperschaft gegenüber ein Vetorecht haben und umgekehrt die Verwaltung von der Legislative überwacht und kontrolliert werden soll. Diese Ueberwachung der Verwaltungsorgane muß sich gegen die Minister, nicht aber gegen den König wenden. Denn der König ist unverantwortlich und unverletzlich. Diese Stellung des Königs hat auch die deutsche Theorie übernommen und wir finden diesen Gedanken auch in der Konstitution. Die Uebernahme der Verantwortung durch die Minister zeigt sich praktisch in der ministeriellen Gegenzeichnung der königlichen Dekrete. Die Konstitution verlangt eine solche Gegenzeichnung ausdrücklich und außerdem wird die Verantwortung des Ministers für die pünktliche Vollziehung der Befehle und die genaue Einhaltung der Verfassungsvorschriften betont. Die Rechtsverbindlichkeit der Erlasse des Monarchen erfordert unbedingt die Gegenzeichnung eines Ministers. Die Minister sind in dieser ihrer Eigenschaft die obersten, dem Monarchen unmittelbar untergeord-

---

[20]) Die oberste Zentralverwaltungsstelle ist seit Einführung der Geheimen Konferenz mehr und mehr diese selbst geworden. Sie bestand aus den Geheimen Konferenzministern und verdrängte den Geheimen Rat mehr und mehr in der Beratung der wichtigsten Staatsangelegenheiten. Nur einige von den Geheimen Räten, die ausdrücklich dazu ernannt und ausgewählt worden waren, waren Mitglieder der Geheimen Konferenz.

neten Staatsbeamten. Als solche sind sie ihm zum Gehorsam verpflichtet. Selbst in ihrer Gegenzeichnung sind sie, nach der Konstitution wenigstens, nicht ganz frei. Sie müssen kraft ihres Dienstverhältnisses unterzeichnen. So bedeutet die Uebernahme der Verantwortlichkeit keine solche etwa einem Parlamente gegenüber — eine derartige politische Verantwortlichkeit besteht in dieser Zeitepoche in Bayern noch nicht, — sondern, wie die Konstitution ausdrücklich sagt, dem König gegenüber. Kraft seiner Dienstpflicht, nicht wegen seiner Ministereigenschaft muß der Minister die Gegenzeichnung abgeben. Daraus erklärt sich auch, daß wir in der Konstitution nichts über Mittel und Wege zur Geltendmachung der Ministerverantwortlichkeit finden. Geltend machen kann sie allein der König und zwar kraft seiner Disziplinargewalt. Wenn man dieses Verhältnis in Betracht zieht, wird man zu dem Ergebnis kommen, daß man wohl noch nicht von einer Kontrolle der Verwaltung durch das Legislativorgan sprechen kann.

15.) Aehnlich wie die Nationalrepräsentation nur beratendes Organ ist, so wird auch zur „Beratschlagung über die wichtigsten inneren Angelegenheiten ein Geheimer Rat angeordnet.“ [21]) Dieser entwirft [22]) und diskutiert alle Gesetze und Hauptverordnungen nach den Richtlinien, welche ihm vom König durch die zuständigen Minister erteilt werden. Darunter fällt insbesondere auch das Finanzgesetz. Insoweit ist der Geheime Rat lediglich reines Verwaltungsorgan, vom König abhängig und ihm untergeordnet. Nun greift aber die Zuständigkeit des Geheimen Rates noch darüber hinaus und in die Sphäre der Rechtsprechung ein, wodurch die saubere organische Trennung beider Organgruppen, nämlich der der Verwaltung und derjenigen der Rechtsprechung, verwischt wird. Der Geheime Rat entscheidet nämlich über alle Kompetenzstreitigkeiten zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden, positiver und negativer Art. Außerdem entscheidet er ferner noch darüber, ob ein Verwaltungsbeamter vor Gericht gestellt werden soll oder nicht. In dieser Tätigkeit, die heute teils dem Kompetenzgerichtshof, teils dem Verwaltungsgerichtshof zukommt, liegt zweifellos materielle Rechtsprechung. Desgleichen liegt eine Durchbrechung der konstitutio-

---

[21]) Vergl. dazu das organ. Edikt vom 22. 6. 1808. Im A. 9 dieses Ediktes heißt es ausdrücklich: „Sobald die Entschließung des Geheimen Rates . . . . . ., die durch den zuständigen Minister Uns vorgelegt wird, Unsere Genehmigung erhalten hat, bildet sie Dekrete.“ Auf die Genehmigung des Fürsten kommt also alles an. Vorher liegt nur ein geprüfter Entwurf, ein durchberatener Vorschlag vor. Stets ist die Genehmigung des Fürsten zur Rechtwirksamkeit erforderlich, nicht aber würde diese beeinträchtigt, wenn sie etwa einmal erteilt werden würde, ohne daß vorher der Entwurf ordnungsgemäß vom Geheimen Rat beraten worden wäre.

[22]) Auch hieraus ergibt sich der Charakter seiner von ihm ausgearbeiteten „Beschlüsse“ als Entwürfe und Vorarbeiten zur Vorlage für den König. Er ist es, der wirklich die Gesetze beschließt.

nellen Gewaltenteilung in der Entscheidung der sogenannten administrativ-kontensiösen Sachen, für die ebenfalls der Geheime Rat die letzte Instanz bildet. Damit gehören die Entscheidungen der öffentlich rechtlichen, insbesondere auch der verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten zur Zuständigkeit des Geheimen Rates. Man sieht, daß sich die Geschäftssphäre desselben rein äußerlich betrachtet, in zwei grundverschiedene Teile zerlegen läßt, nämlich in einen Teil, bei dem der Geheime Rat nur als beratendes Organ fungiert, und in einen weiteren Teil, bei dem er Recht spricht, also Entscheidungen zu fällen hat. Betrachtet man aber diese „Entscheidungen" näher, so bemerkt man, daß es in Wahrheit keine echten Entscheidungen sind. Sie bedürfen nämlich, um zur Rechtsgültigkeit zu erwachsen, noch der Zustimmung und Unterzeichnung durch den Fürsten. Der Geheime Rat hat also in Wirklichkeit die Stellungnahme des Fürsten (in der Regel) vorzubereiten, aber nicht vorwegzunehmen. Der Monarch ist nicht an die „Entscheidung" des Geheimen Rates, wenn sie ihm vorgelegt wird, gebunden. Er entscheidet frei und unabhängig davon. Aus diesen Ueberlegungen ergibt sich, daß auch insoweit der Geheime Rat scheinbar entscheidet, er trotzdem ein „Rat", ein bloß beratendes Organ des Fürsten bleibt. Soweit der Fürst also diese Entscheidungen trifft, die wir bereits als Akte der Rechtsprechung erkannt haben, wird durch den Inhaber der Exekutive selbst Rechtsprechung geübt. Wir haben es hier mit einem Rest von Kabinettsjustiz zu tun, ähnlich dem, den der König noch in Gestalt der Gerichtsbarkeit über die Mitglieder des königlichen Hauses besitzt und ausübt. Daß die Beschlüsse des Geheimen Rates erst zu wirklicher Rechtswirksamkeit durch die Zustimmung des Königs gelangen, zeigt sich auch in der Bestimmung des § 3 Titel III: „Der Geheime Rat hat in Ausübung seiner Attribute nur eine beratende Stimme."

16.) Ueber die Kreisverfassungen und Kreiseinteilung des Reiches braucht hier nicht gehandelt zu werden. Denn die durch die Konstitution vorgesehene Deputation zur Vertretung des einzelnen Kreises ist ebenso ein Instrument des Königs, wie es die Nationalrepräsentation ist. Uebrigens trat auch sie nie ins Leben. Selbstständiges Beschlußorgan über Angelegenheiten der Staatsverwaltung des einzelnen Kreises wäre sie nicht gewesen.

17.) So sehen wir denn, daß die bayerische Konstitution vom Jahre 1808 von den neuen staatsrechtlichen Ideen der damaligen Zeit noch nicht allzuviel in sich aufgenommen hat. Es läßt dies nicht weiter erstaunen, wenn man bedenkt, daß Ziel und Zweck dieser Verfassung die Erreichung und Schaffung der Staatseinheit und der straffen Zentralisation des Staatsorganismus waren, daß sie aber nicht die politische Freiheit und aktive Anteilnahme der Bürger begründen und schützen wollte. Noch ist die nahe Vergangenheit der absoluten Monarchie zu stark in ihrer

Nachwirkung, als daß ein wirklich konstitutioneller Zustand im damaligen Bayern schon hätte erreicht werden können.

### § 3.
### Die Verfassung vom Jahre 1818 und ihre Stellung zur Gewaltenteilung.

1.) Wie die Konstitution von 1808 weitgehendst unter dem Einfluß der westfälischen Verfassung Jerôme's steht, so ist für die bayerische Verfassung vom 26. Mai 1818 die Charte Ludwigs XVIII. vom 8. Juni 1814 das maßgebende Vorbild gewesen. Jetzt erst, nachdem die Einheit des neuen Königreiches fest gegründet ist, dringen voll und ganz die Gedanken der konstitutionellen Staatstheorie auch nach Bayern. Das Ziel der neuen bayerischen Verfassung ist nicht nur mehr wie im Jahre 1808 die Einheit und Souveränität des Staates, sondern man will jetzt außerdem an die Errichtung und Sicherung einer konstitutionellen Regierungsweise herangehen. Es galt „die heiligen Rechte des Thrones gegen Anmaßung, den Untertanen gegen willkürliche Behandlung der Staatsbehörden zu schützen.“ [1]) Die Regelung der Rechte des Monarchen einerseits und die Sicherung der Rechte des Volkes auf der anderen Seite, kurz gesagt, die Festlegung dieses beiderseitigen Verhältnisses, das ist das Ziel der Verfassungsurkunde von 1818.

2.) Ganz der neuen Anschauung entsprechend, wie sie auch die Charte aufweist, ist der Kernpunkt der ganzen Verfassung, von dem aus alles andere zu beurteilen ist und um den sich alles andere gruppiert, das monarchische Prinzip, also der Gedanke, daß alle und jede staatliche Macht nur allein vom König ausgehen könne. Er ist die Quelle aller Rechte, die sich letzten Endes, in all ihrer Vielartigkeit, in ihm vereinigen. Er ist also der Inhaber der allumfassenden, ihrem Wesen nach unbegrenzten und unteilbaren Staatsgewalt. Dies will die Verfassung sagen, wenn sie im Titel II § 1 ausspricht: „Der König ist das Oberhaupt des Staates, vereinigt in sich alle Rechte der Staatsgewalt.“ Hier setzt nun der neue Verfassungsgedanke ein. Mit dem Erlaß der Verfassung nämlich sind sowohl der Monarch, wie seine sämtlichen ihm nachgeordneten Behörden an sie und ihre Vorschriften und die im Rahmen derselben aufgestellten Normen gebunden. Nunmehr liegt es nicht mehr allein in der Hand des Fürsten, Gesetze nach Belieben und Bedürfnis zu schaffen oder zu beseitigen. Zwar gibt er die Verfassung freiwillig, aus sich heraus, seinem Volk, die zu halten er mit seinem Schwur bekräftigt. Hat er sie aber erlassen, dann liegt es nicht mehr in seinem freien Willen, wie er künftig die Regierung des Landes zu führen gedenkt. Ob und welche Rechte und Funktionen nämlich der König selbst dann noch a u s ü b t, das richtet sich einzig und allein nach dem jeweilig geltenden Verfassungsrecht. So sind die

[1]) Vergl. M. Doeberl. Ein Jahrhundert . . . ., S. 48.

Worte des Titel II § 2 zu verstehen, wenn es dort weiter heißt: „Er, (d. h. der König) übt sie (nämlich die Rechte) unter den von ihm gegebenen, in der gegenwärtigen Verfassungsurkunde festgelegten Bestimmungen aus."

Es spricht demnach die Vermutung der Zuständigkeit auch zur Ausübung der Rechte für den König. Soweit aber die Verfassung ihm die Ausübung entzieht, steht sie ihm nicht mehr zu. Es handelt sich also, dies sei nochmals betont, zwar um eine Beschränkung in der Ausübung der Staatsgewalt auf Seiten des Königs, aber um eine völlig freiwillige. Dies geht aus den Worten der Vorrede zur Verfassungsurkunde unzweideutig hervor. „Die gegenwärtige Akte ist — das Werk Unseres ebenso freien als festen Willens."

Festzuhalten ist also: Es handelt sich trotz des Ausdruckes „Gewaltenteilung" nicht um eine Teilung der Staatsgewalt, sondern nur um eine Verteilung der wesensverschiedenen Staatsfunktionen.

3.) Auch die Verfassung vom 26. Mai 1818 kennt die drei Grundfunktionen des Staates, wenngleich sie nicht aus ihrem äußerlichen Aufbau dies klar erkennen läßt. Wir finden nämlich neben den Titeln VI und VII, die von der Ständeversammlung und ihrem Wirkungskreis handeln, und dem VIII. Titel, der der Rechtspflege gewidmet ist, eine Reihe von Bestimmungen, die sich unzweideutig mit der Verwaltung als der 3. Staatsgrundfunktion befassen.[2]) Was die Verfassungsurkunde vor allem der älteren Konstitution voraus hat, ist die klare Erkenntnis, daß zwischen Innehabung und Ausübung von Rechten ein großer Unterschied ist, daß man, wenn man ein Recht hat, dies noch lange nicht ohne weiteres auch ausüben darf.[2a])

4a) Wie stellt sich nun die neue Verfassungsurkunde von 1818 zur Frage der Rechtsetzung? Eines steht jedenfalls fest: Sie steht der konstitutionellen Auffassung darüber bedeutend näher, als die Konstitution von 1808. Die Gesetze kommen nämlich jetzt dadurch zustande, daß ein übereinstimmender Beschluß der beiden Kammern der Volksvertretung die Zustimmung des Monarchen findet. Jetzt ist die Volksvertretung mit selbständiger Beschlußgewalt ausgestattet, jetzt teilen sich der König und die Volksvertretung, als zwei gesonderte Staatsorgane, in die Ausübung der Gesetzgebungsfunktion.

Wir finden nunmehr eine Ständeversammlung zur Vertretung des Volkes vor, die in zwei Kammern gegliedert ist, in die erste,

---

[2]) Wenngleich Seydel-Graßmann S. 71 a. a. O. ausführt, daß die bayerische Verfassungsurkunde nichts von einer Teilung der Gewalten wüßte, so ist dies nur insoweit richtig, als freilich bewußt eine solche nicht durchgeführt werden sollte. Allein dies schließt nicht aus, daß trotzdem in der Verfassungsurkunde mehr oder minder sich diese Gedanken des Konstitutionalismus ausgeprägt finden.

[2a]) Es mag zugegeben werden, daß praktisch gesprochen die Unterscheidung zwischen Innehabung und Ausübung eines Rechtes nur eine Wortspielerei zu sein scheint. Für die rechtliche Konstruktion aber wurde stets diese Unterscheidung und wird sie noch immer benützt.

in die Kammer der Reichsräte, und in die zweite, in die Kammer der Abgeordneten. Das Zweikammersystem Montesquieu's ist nunmehr im wesentlichen übernommen. Die Zusammensetzung der Ständeversammlung entspricht auch mehr wie bisher den von Montesquieu darüber aufgestellten Richtlinien und es bildet diese nun in Wahrheit eine V o l k s vertretung, wenn auch noch nicht auf sehr breiter Basis. Das aktive wie das passive Wahlrecht ist noch sehr begrenzt. Bis zum Jahre 1848 werden die Abgeordneten aus den Grundbesitzern mit gutsherrlicher Gerichtsbarkeit genommen, soweit sie nicht der ersten Kammer angehören. Vertreten sind außerdem die Landesuniversitäten, die beiden großen christlichen Konfessionen, endlich auch Städte und Märkte und der übrige Grundbesitz. Ein bestimmtes Alter, ein gewisses Vermögen und unbedingte Straffreiheit gehören zu den Voraussetzungen der Wählbarkeit. Auch das aktive Wahlrecht ist in engen Grenzen gehalten. Von einer allgemeinen Wahl im heutigen Sinn kann man noch nicht sprechen.

Die beiden Kammern werden gleichzeitig berufen, eröffnet und geschlossen. Beide beraten und beschließen getrennt, ganz ähnlich wie dies Montesquieu sich dachte. Zu einem „Beschluß" der Ständeversammlung bedarf es der Uebereinstimmung beider Häuser. Kommt eine solche nicht zustande, so liegt ein Beschluß nicht vor. Beide Kammern stehen also insoweit sich gleichberechtigt gegenüber.

4b.) Für uns ist nun von besonderer Wichtigkeit, wie die Zuständigkeit der Ständeversammlung abgegrenzt ist. Uebt sie materiell betrachtet alle Rechtsetzung im Staate aus und übt sie n u r Gesetzgebung außer der Kontrolle über die Exekutive? [3]) Wie ist das Verhältnis zu den anderen Grundfunktionen, wie steht es mit der Balance der Gewalten, vor allem der Exekutive und Legislative gegeneinander?

4c.) Die Zuständigkeit der Volksvertretung im weiteren Sinn (also beide Kammern inbegriffen) reicht, zunächst ganz allgemein gesprochen, nicht weiter, als die Verfassungsurkunde ihr eine solche ausdrücklich zuweist. Dies ergibt sich aus Titel II § 1, denn danach spricht stets und auf allen Gebieten, nicht nur auf dem der Gesetzgebung, die Vermutung der Zuständigkeit auch zur Ausübung der Rechte der

---

[3]) Die nach Verfassung und Gesetz bestehende Autonomie bestimmter Personen oder Personenkreise im Staate hinsichtlich einzelner, bestimmt umgrenzter Lebensgebiete kann, muß aber nicht eine Durchbrechung der Gewaltenteilung bedeuten. Soweit es sich nur um nähere Ausführung von gegebenen Gesetzen oder Verordnungen handelt, wird man annehmen können, daß die Legislativorgane die Rechtsetzungsbefugnis an die betreffenden Personenkreise delegiert haben. Dann liegt eine Durchbrechung der organisatorischen Verteilung der Staatsaufgaben wohl nicht vor. Anders freilich wird man dann zu entscheiden haben, wenn es sich um Generalermächtigungen, um die Befugnis mehr oder minder alle Lebensbeziehungen bestimmter Personen zu regeln, handelt. Ein solcher zweiter Gesetzgeber neben dem staatlichen verstößt gegen den Charakter des modernen Staates und wohl auch gegen die Montesquieu'sche Forderung.

Staatsgewalt für den König. Soll ein anderes Organ des Staates zuständig sein, so muß dies ausdrücklich gesagt sein.

Titel VII § 2 sagt nun hinsichtlich der Gesetzgebungsfunktion der Volksvertretung folgendes: „Ohne den Beirat und die Zustimmung [4]) der Stände des Königreiches kann kein allgemeines neues Gesetz, welches die Freiheit der Person oder das Eigentum der Staatsangehörigen betrifft, erlassen werden, noch ein schon bestehendes abgeändert, authentisch erläutert oder aufgehoben werden.“ Dazu tritt nun noch die Bestimmung des Titels VII § 30, wonach der König allein die Gesetze sanktioniert und dieselben mit seiner Unterschrift, unter Anführung der erfolgten Vernehmung des Staatsrates und der Zustimmung der Lieben und Getreuen, der Stände des Reiches, erläßt. Somit erfordert, getreu dem monarchischen Prinzip, das insoweit von der Verfassung übernommen wurde, das Zustandekommen eines „allgemeinen Gesetzes“ [5]) die Mitwirkung der beiden Kammern und des Königs. Da grundsätzlich jedes Gesetz irgendwie die Freiheit oder das Eigentum (welche beide Begriffe hier sehr weit auszudehnen sind) der Staatsbürger berührt und ganz regelmäßig auch ein „allgemeines“ Gesetz ist, so kann man sagen, daß die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt geteilt ist zwischen dem König und der Volksvertretung. Man sieht, die Verfassung hat die neuen Staatsrechtsgedanken schon ziemlich in sich aufgenommen.

Damit aber haben wir bereits die Festlegung dessen, was die bayerische Verfassungsurkunde unter einem Gesetz im formellen Sinne versteht. Es ist dies jede Rechtsnorm, die der König nach dem Beirat des Staatsrates und der Zustimmung der Stände sanktioniert und erläßt. [6])

Den materiellen Gesetzesbegriff hat die Verfassung damit ebenfalls angedeutet, wenn auch nicht festgelegt. Er ist wohl noch unverändert derselbe, wie wir ihn bereits früher (siehe Seite 19) aufgestellt haben.

Auch die Verfassungsgesetzgebung fällt unter die Zuständigkeit zur Gesetzgebung überhaupt. Die Verfassungsgesetze sind also formelle Gesetze, die unter erschwerten Voraussetzungen zustande kom-

---

[4]) Einen Beirat kannte in Gestalt der Nationalrepräsentation auch schon die Konstitution von 1808. Aber über die beratende Befugnis ging ihre Einflußnahme nicht hinaus.

[5]) „Allgemein“ dürfte wohl hier den Sinn haben, daß die Gesetze stets nicht nur für den Einzelfall und für oder gegen Einzelpersonen ergehen sollen.

[6]) Ob die Sanktion neben der Zustimmung des Königs, seiner Unterschrift und der Verkündung des betreffenden Gesetzes noch etwas besonderes darstellt, war früher bestritten und wurde überwiegend bejaht. Die „Sanktion“ sollte den Gesetzesbefehl des Monarchen bedeuten. Worin äußert dieser sich aber? Doch wohl in der Unterschrift, der Ausfertigung und Verkündung des Gesetzes. Vergl. auch Seydel II, S. 326. Nach der heute herrschenden Ansicht kann man nicht sagen, daß der König allein den Gesetzesentwurf durch seine Sanktion zum Gesetz erhoben habe, die Ständeversammlung dagegen

men, die aber im übrigen den gleichen Gesetzgebungsprozeß zu ihrer Entstehung zu durchlaufen haben, wie die gewöhnlichen Gesetze auch.

4d.) Die Mitwirkung bei der Aufstellung von Gesetzen bedeutet die Haupttätigkeit der Ständeversammlung. Aber sie ist nicht ihre Einzige. Zur Verwirklichung des Montesquieu'schen Ideals gehört ja noch die Einrichtung von Mitteln, durch welche die Gewalten gegenseitig einander in Schach halten. Die gesetzgebende Körperschaft [7]) bedarf eines Kontrollrechtes über die Exekutive und zur Geltendmachung dieses Rechtes ist die Möglichkeit gegeben, die Minister an Stelle des Königs verantwortlich zu machen. Die Kontrolle über die ganze Verwaltung des Staates durch die Ständeversammlung ist in der Verfassungsurkunde von 1818 noch nicht eingerichtet. Ebensowenig kennt diese die späteren parlamentarischen Mittel des Mißtrauensvotums u. s. w. Es besteht jedoch bereits die Möglichkeit der Ministeranklage bei Gesetzesverletzungen. Ein gewisses Kontrollrecht über die Verwaltung im ganzen genommen hat übrigens die Volksvertretung insofern schon, als sie ein solches auf dem Gebiet der Staatsfinanzen, insbesondere der Steuerverwaltung besitzt. Da aber von der Finanz und dem Staatshaushalt letzten Endes beinahe jeder andere Verwaltungszweig und jede nennenswerte Maßnahme der Staatsverwaltung abhängt, so ist praktisch bereits eine ziemlich ausgedehnte Einflußnahme und Ueberwachung durch die Ständeversammlung der Staatsverwaltung gegenüber erreicht. Man kann wohl sagen, daß dadurch zum großen Teil der Forderung der konstitutionellen Theorie nach der Hemmung und Balance der Gewalten Rechnung getragen ist.

Die Beteiligung der Ständeversammlung an der Führung des Staatshaushaltes zeigt sich einerseits in dem Recht auf Vorlage des Voranschlages zu demselben (T. VII, § 4) und im Steuerbewilligungsrecht, ferner in der laufenden Kontrolle über die Verwendung der tatsächlichen Einnahmen (§ 10) und in der Ueberwachung der Staatsschuldenverwaltung (§ 11 ff.). Für uns tritt die Frage auf, ob diese Tätigkeiten ihrer materiellen Natur nach noch Gesetzgebung darstellen. Man wird dies wohl zu verneinen haben, um so mehr, als in Bayern nach durchaus herrschender Meinung die Steuerbewilligung kein formelles Gesetz erfordert, sondern ein materieller

---

nur bei der Feststellung des Gesetzesinhaltes mitwirkte Das ist eine der Wirklichkeit nicht entsprechende, gekünstelte Unterscheidung. Der Monarch konnte ebensowenig durch den bloßen Gesetzesbefehl ein Gesetz erlassen, wie die Stände allein durch ihre Zustimmung. Beide müssen notwendig zusammenwirken, um die eine Funktion der Staatsgewalt, die Gesetzgebung auszuüben. Wollte man die entgegengesetzte Ansicht vertreten, so würden die Stände aus einem notwendig mitwirkenden Organ zu einem notwendig mitberatenden, was sicher nicht die Meinung der Verfassungsurkunde v. 1818 war.

[7]) Natürlich nur diese, nicht auch der König als mitwirkender Faktor bei der Gesetzgebung. Er würde ja über sich selber Wache halten müssen.

Verwaltungsakt ist.[8]) Trotzdem liegt aber hierin keine Durchbrechung der konstitutionellen Grundsätze, da ja Montesquieu selbst ein Ueberwachungsrecht des Gesetzgebungsorgans über die Exekutive für notwendig erachtete.

5a.) Neben diesen Haupttätigkeiten des legislativen Organs stehen noch einige andere, so das Recht der Zustimmung zur Veräußerung und Verwendung allgemeiner Stiftungen in ihrer Substanz für andere als ihre ursprünglichen Zwecke, ferner das Recht zur Verleihung von Staatsdomänen und -renten. Endlich haben die Stände das Recht Anträge und Wünsche an den König zu richten, ohne daß dieser gezwungen wäre darauf einzugehen. Auch diese Zuständigkeiten lassen sich mit dem Gewaltenteilungsprinzip noch vereinbaren. Es sind Ausflüsse der Kontrolle gegenüber der Exekutive.

Die Prüfung der Legitimation der Mitglieder der 2. Kammer war nach der Verfassungsbeilage § 62/61 nicht den Kammern selbst überlassen, sondern stand einer besonderen königlichen Einweisungskommission oder dem Präsidenten und Sekretär zu. Da dies, materiell gesehen, richterliche Tätigkeit ist, so ist es ganz in Ordnung, wenn nicht unmittelbar die Kammer diese Tätigkeit selbst übte. Sie gehörte eigentlich einem echten Gerichte übertragen, was allerdings damals noch nicht der Fall war.

5b.) Dies wäre der Tätigkeitskreis der Ständeversammlung unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung betrachtet.[9]) Wir konnten zwar noch manche Durchbrechung der Grundsätze feststellen, aber doch ist im Hinblick auf die Constitution ein entschiedener Fortschritt zu verzeichnen. Ueber die Frage, ob die Legislative auch a l l e Rechtsetzung im Staate besorge, wird unten noch zu handeln sein.

6a.) Inzwischen wollen wir uns der Frage zuwenden, inwieweit in der Verfassung die neue Theorie auf dem Gebiete der Rechtsprechung bereits zu finden ist. Zu prüfen sind vor allem folgende Punkte: Welche Stellen sprechen Recht im Staate? Sind dies allein die Gerichte? Was unterscheidet diese von anderen Behörden? Ueben endlich die Gerichte auch andere Tätigkeiten als Rechtsprechung?

6b.) Die Verfassung handelt im VIII. Titel kurz und ungenügend von der Rechtspflege und zwar in starker, teilweise wörtlicher Anlehnung an die Constitution von 1808. Außerdem aber tritt noch die Beilage VIII zur Verfassungsurkunde über die patrimoniale Ge-

---

[8]) Vgl. Seydel, a. a. O., S. I 493. Man kann allerdings sagen, da für die Bewilligung der Steuern die „Zustimmung" der Stände nötig ist, ist formell die Behandlung die gleiche, wie bei einem Gesetz. Dann tritt die Streitfrage auf, ob ein rein formelles Gesetz vorliegt, das materiell Verwaltungsakt ist, oder ob auch dieses Gesetz Rechtsinhalt hat. Darüber später.

[9]) Die nach 1818 geschaffene Kreisvertretung nach pfälzischem Muster, der sog. Landrat, war mindestens zunächst noch keine Volksvertretung, sondern nach dem ausdrücklichen Willen des Königs eine „die Regierung aufklärende und beratende Anstalt". Ueber seine Weiterbildung siehe nächsten Paragraphen.

richtsbarkeit hinzu. Eines sei zunächst festgestellt: Eine grundlegende Neuorganisation der Gerichte fand in diesem Zeitabschnitt noch nicht statt.

Nach der Verfassungsurkunde gilt nun im Hinblick auf unsere Probleme folgendes: Kraft des monarchischen Prinzips geht (im Einklang mit T. II § 1) alle Gerichtsbarkeit, also auch die patrimoniale, vom Monarchen allein aus. Die Gerichtsgewalt ist eine der grundlegendsten Staatsbefugnisse gewesen, aus der sich ursprünglich alle anderen Rechte des Staates erst allmählich abzweigten. Diese Grundlage blieb auch während des Mittelalters unter der Feudalverfassung bestehen, wenngleich sie natürlich nicht mehr dem Reiche in der Hauptsache zustand, sondern auf die Landesherrn und von diesen wieder auf noch untergeordnetere Faktoren überging. Ebenso kann man heute noch die Gerichtsbarkeit als den typischen Ausdruck der staatlichen Hoheit und Staatsgewalt betrachten.

Der König regiert aber nach der Verfassung, übt also die Gerichtsgewalt nur soweit und nur dann auch aus, soweit die Verfassung sie nicht ausdrücklich anderen Organen übertragen hat. Gerade dies ist aber in ausgedehntestem Umfang durch die Bestimmung des T. VIII § 1, II und ff. §§ geschehen. Sie wird durch eine Anzahl von Gerichten und Aemtern ausgeübt, [10]) deren Richter sachlich und persönlich unabhängig und inammovibel [11]) sind (§ 3). Jeder Eingriff in die ordentliche [12]) Gerichtsbarkeit durch Kabinettsjustiz oder Abolition ist ausgeschlossen. [13]) Dies ist notwendig im Interesse einer wirklich unparteiischen und vom Vertrauen des Volkes getragenen Rechtspflege. Der König hat zwar die Oberaufsicht über die Gerichte (§ 1), doch ist dies nur so zu verstehen, daß diese sich auf das Gebiet der Justizverwaltung und der Disziplinargewalt beschränkt und die eigentliche „Rechtsprechung“ nicht berührt.

---

[10]) Daß die Gerichte wenigstens in den oberen Instanzen keine Gesetzgebung mehr üben, ist zweifellos. Die Fragestellung kann für uns also nur lauten: Trennung von Justiz und Verwaltung, nicht auch Trennung von Justiz und Gesetzgebung.

[11]) Sie sind auf Lebenszeit ernannt und nur nach geordnetem Verfahren durch „Rechtsprechung“ absetzbar. Diese Kautelen unterscheiden die Gerichte in Sonderheit von anderen Behörden, bilden also die integrierenden Eigenschaften von solchen Behörden, die auf die Bezeichnung „Gerichte“ Anspruch erheben.

[12]) Daß hier nur die ordentlichen Gerichte für Zivil- und Strafsachen gemeint sind, ist, ohne daß es besonders hervorzuheben ist, außer jedem Zweifel. Die administrativ-kontentiösen Sachen z. B. fallen nicht unter die Zuständigkeit der „Gerichte“, sind deshalb zu dieser Zeit noch nicht mit den gleichen Rechtssicherheitsvorschriften umgeben.

[13]) Trotzdem hat der König noch in einigen Fällen „Kabinettsjustiz“ zu üben, sogar unter Durchbrechung der ordentlichen Gerichtsstände, z. B. bei der Familien- (Zivil-, Straf- und freiwillige) Gerichtsbarkeit des Monarchen über die Mitglieder des Königlichen Hauses, oder auch in den Sachen, in denen der Staatsrat „entschied“. Darüber s. u. Vergl. auch Pölzl, a. a. O. § 84 und § 158.

6c.) Noch ergab sich aber nichts aus den besprochenen Bestimmungen darüber, ob alle materielle Rechtsprechung von den ordentlichen Gerichten besorgt wird und ob diese Stellen keine materiell anders zu bewertende Tätigkeit nebenher entfalten. Wir müssen deshalb noch einen Blick auf die Gerichtsorganisation werfen. Wir haben früher gesehen, daß der Instanzenzug vom Landgericht über das Appellationsgericht zum Oberappellationsgericht in Zivilsachen, vom Appellationsgericht zum Oberappellationsgericht in Strafsachen geht. [14]) In den oberen Instanzen ist nun bereits die Trennung von Justiz und Verwaltung ziemlich durchgeführt. Denn das Oberappellations- und Appellationsgericht führen keine Verwaltungsgeschäfte mehr, seit sie als ständige Behörden verselbständigt und permanent konstituiert sind (darüber siehe oben). In den unteren Behörden dagegen sind noch Verwaltung und Justiz vereinigt geblieben. Die Landgerichte, [15]) oder die an ihre Stelle tretenden patrimonialen Gerichte (Herrschaftsgerichte, Patrimonialgerichte 1. und 2. Klasse) oder Stadtgerichte führten zugleich die gesamte innere Verwaltung mit Ausnahme der Finanzen, insbesondere auch die Polizei; teilweise hatten sie sogar militärische Befugnisse. Dieser Mißstand blieb noch über ein Menschenalter hindurch bestehen.

Die Patrimonialgerichtsbarkeit, die nach der Verfassungsurkunde und dem dazu gehörigen Edikt eine weit bessere Stellung als nach der Konstitution und den dazu erlassenen Vorschriften einnimmt, bedeutet, rechtlich gesehen, an sich auch eine Durchbrechung der konstitutionellen Forderungen. Sie widerspricht dem Wesen des modernen Staates, immerhin wird dieser Fehler so ziemlich wieder gut gemacht, wenigstens in der rechtlichen Konstruktion. Denn die Verfassungsurkunde sagt ausdrücklich, daß alle Gerichtsbarkeit allein vom König, [16]) also vom Träger der Staatsgewalt ausgehe. Praktisch aber war die Patrimonialgerichtsbarkeit noch ein großes Hemmnis für die Durchsetzung einer einheitlichen und rein sachlich urteilenden Rechtsprechung. Schon auch aus dem Grunde, weil die Abgrenzung zwischen den den ordentlichen Gerichten unterstehenden und den ihnen entzogenen administrativ-kontentiösen Sachen nicht so klar und fest gezogen war, wie es nötig gewesen wäre. [17]) Außerdem bestanden zu Gunsten gewisser Klassen von Personen privilegierte Gerichtsstände,

[14]) Die Landgerichte hatten in Strafsachen nicht zu erkennen, sondern fungierten nur als Untersuchungsbehörden.

[15]) Vgl. Dr. W. H. Puchta, Die Landgerichte in Bayern, Erlangen 1834.

[16]) Also auch die Patrimonialgerichtsbarkeit. Diese Ableitung vom König, die die Einheit des ganzen Systems wenigstens formell wahrt, ist eigentlich alles, was von dem siegreichen Vordringen des Staates von 1808 übrig geblieben ist. Vgl. Seydel, a. a. O., S. I 536.

[17]) Für letztere war der ordentliche Rechtsweg verschlossen. Eine Verwaltungsgerichtsbarkeit kannte jene Zeit natürlich noch nicht. Die Streitigkeiten, die nicht vor die ordentlichen Gerichte gehörten, wurden von Verwaltungsbehörden, also Nichtgerichtsbehörden (ohne persönliche und sachliche Unabhängigkeit) entschieden. Es fehlte auch ein gerichtsähnliches, gesetzlich

wodurch teilweise der ordentliche Richter ausgeschlossen wurde. Dies galt hinsichtlich des Gerichtsstandes des Adels, des Militärs u. a. Auch hierin wird man Verstöße gegen die Grundanschauungen des Konstitutionalismus, wenigstens in mancher Beziehung, finden können.

Außer der streitigen Gerichtsbarkeit, der gesamten Verwaltung, insbesondere des Polizeiwesens, hatten die Landgerichte oder die an ihre Stelle tretenden Behörden auch noch die sog. „freiwillige Gerichtsbarkeit". [18]) Auch darin liegt eine Ueberschreitung des eigentlichen Zuständigkeitskreises der Gerichte. Denn ihrem Wesen nach ist die freiwillige Gerichtsbarkeit keine Rechtsprechung. [19]) Rechtsprechung ist nämlich die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten, also die Feststellung dessen, was im konkreten Falle Rechtens ist. Dies geschieht durch Anwendung abstrakter Rechtsnormen auf den Einzelfall nach erfolgter Subsumption des festgestellten Tatbestandes unter die einschlägigen Normen. Dagegen ist freiwillige Gerichtsbarkeit dort gegeben, wo der Staat bei Schaffung und Ausgestaltung von bestimmten Rechtsgeschäften, die zu ihrer Gültigkeit in der Regel, wenn auch nicht ausnahmslos, dieser Mitwirkung bedürfen, mitwirkt. Nach der ganzen historischen Entwicklung und vom Standpunkt der praktischen Durchführung aus, überließ man die freiwillige Gerichtsbarkeit meist der Justiz. Sie ist also formell, aber nicht materiell, Sache der Gerichte. Zweifellos läuft dies einer organisatorischen Trennung zuwider, entspricht aber doch der deutschen staatsrechtlichen Entwicklung. [20])

7a.) Als der letzten der 3 Staatsgrundfunktionen wollen wir uns nunmehr der Exekutive zuwenden! Durch die noch nicht erfolgte Trennung von Justiz und Verwaltung ist noch immer die Verwaltung das eigentliche Lebenselement des Staates. Zwar weniger rechtlich wie tatsächlich verstand sie es, sich die anderen Staatsfunktionen dienstbar zu machen, um allein zu regieren. Gerade in der Folgezeit machte sich dies bemerkbar, als mit Ludwig I. eine kraftvolle und willensstarke Persönlichkeit den Thron bestieg. Der Fürst, der in völliger innerer Wandlung vom begeistertsten Förderer der Freiheits- und konstitutionellen Gedanken zum eifrigen Verfechter eines strengen absoluten Königstums und patriarchalischer Staatsauffassung geworden war, war als der „letzte König alten Stiles" trotz aller Ver-

---

festgelegtes Verfahren hiefür. Hierin liegt auch ein Verstoß gegen die Montesquieu'sche Ansicht, wenigstens sofern man, rein materiell, diese Tätigkeit auch als Rechtsprechung erkennt.

[18]) Die Patrimonialgerichte 2. Klasse hatten überhaupt nur diese Sparte von Gerichtsbarkeit, keinerlei streitige.

[19]) Bestritten, Nawiasky a. M.

[20]) Im Gegensatz zur Justizverwaltung. Sie ist zwar auch äußerlich mit den Gerichten vereint, bleibt aber echte Verwaltung. Für sie gilt nicht die Unabhängigkeit der Gerichte. Auch hier eine Umbiegung der ursprünglichen konstitutionellen Grundsätze.

fassungsbestimmungen und Gesetze sein eigener Minister, dem alle anderen blind sich unterzuordnen und zu gehorchen hatten.[20a)]

7b.) Da alle Staatstätigkeit, die nicht Rechtsprechung und Rechtsetzung ist, heute als Verwaltung im materiellen Sinne bezeichnet wird, so fällt dieser Begriff mit dem später sich als „Exekutive“ entwickelnden zusammen.[21)] Inhaber der gesamten exekutiven Macht ist natürlich der König. Denn in ihm vereinigen sich alle Rechte und sie verbleiben ihm auch, soweit die Verfassung nichts anderes bestimmt. Bei Gesetzgebung und Rechtsprechung trennen sich nach der Verfassungsurkunde Inhaber und ausübende Stelle der Staatsgewalt, bei der Exekutive aber bleibt beides vereint. Der König übt sie durch seine ihm nachgeordneten Beamten und Behörden selbst auch aus. Daß der König der Inhaber der Exekutive ist, muß gar nicht ausdrücklich gesagt sein. Es ergibt sich dies aus dem monarchischen Prinzip, wie es von der Charte Ludwig XVIII. übernommen und in T. II § 1 niedergelegt ist. Darnach spricht, wie bereits erwähnt, die Vermutung der Zuständigkeit für den König. Inwieweit übt nun der König diese Exekutive aus und übt er sie ausschließlich und allein? Besorgt er außer dieser noch materiell andere Staatsgeschäfte? Die Haupttätigkeit des Königs ist natürlich die Führung der Verwaltung des Staates. Er übt sie aus durch die obersten Organe der Staatsverwaltung, die Ministerien. Die Ministerialverfassung ist immer noch die des Realsystems. Die Ministerien bestehen in dieser Zeit in Bayern in klassischer 5-Zahl. Die Verfassung von 1818 änderte an der bestehenden Ministerialverfassung grundlegend nichts. Es blieb bei der seit 1799 fortgebildeten Verfassung, nach der jeder Minister einen bestimmten Ressort für das ganze Reich zu verwalten hat. Die Ministerkonferenzen hatten mehr den Charakter von Besprechungen über wichtige Fragen der Ministerialressorts. Auch nach der Verfassung von 1818 sind die Minister in erster Linie Staatsdiener, aber solche mit ganz besonderer Stellung. Diese Besonderheit zeigt sich in dem Institut der Ministerverantwortlichkeit und dem Erfordernis der Gegenzeichnung für die Anordnungen des Königs.

Ueber die Ministerverantwortlichkeit spricht die Verfassung ganz wenig. Im Titel X § 4 ist die Bestimmung enthalten, daß die Minister für den genauen Vollzug der Verfassung verantwortlich sind.[22)] Welcher Art aber ist diese Verantwortung, wem gegenüber besteht sie und wie wird sie geltend gemacht? (Die Beschränkung derselben als einer typisch den Ministern zukommenden

---

[20a)] Vergl. Mich. Doeberl. Ein Jahrhundert bayer. Verfassungslebens.

[21)] S. o. § 2 A. 33.

[22)] Die Grenzen der Verantwortlichkeit sind hier demnach noch sehr eng gezogen. Nicht jede Gesetzesverletzung, sondern nur die der Verfassung begründet sie. (Unberührt bleibt natürlich die dienstliche Verantwortlichkeit gegenüber dem König). Von einer p o l i t i s c h e n Verantwortlichkeit ist hier überhaupt noch keine Rede.

Eigenschaft ist noch nicht geschehen.) Nur dem König gegenüber besteht diese Verantwortlichkeit, [23]) nicht dem Parlamente gegenüber. Dem König waren sie für die Vollziehung seines Willens verantwortlich, wie jeder andere Staatsdiener auch. Nur war hier diese Verantwortlichkeit besonders ausgeprägt und ausgebaut. Dies hängt mit dem Institut der Gegenzeichnung zusammen. Darüber sagt die Verfassung selbst nichts, dagegen finden wir in dem Cabinettsbefehl vom 16. IV. 17 etwas darüber. Darnach bedürfen Kabinettsbefehle nicht der Gegenzeichnung eines Ministers, sondern der des Generalsekretärs des Staatsrates. Dagegen sollen ministeriell kontrasigniert werden alle Gesetze aus der bürgerlichen, organischen und administrativen Gesetzgebung und alle Verfassungsgegenstände, die unter königlichem Titel im größeren Kanzleistil erscheinen. Allein soweit auch eine Gegenzeichnung notwendig war, bedeutete sie nicht die Uebernahme der politischen Verantwortung gegenüber den Ständen, sondern nur, wie in früheren Zeiten, die Authentischmachung einer Anordnung als einer vom König selbst gegebenen.

Noch ist also der Minister nicht das Bindeglied zwischen dem König und der Ständevertretung, noch ist nicht die rechtliche Möglichkeit einer positiven Kontrolle der Legislative durch das Medium der Ministerverantwortlichkeit gegeben. Dies ist für die Balance der Gewalten von Bedeutung, insbesondere deshalb, weil der König selbst „tabu“ und also deshalb jedem Angriff entzogen ist. Seine Person ist, wie T. II, § 1, II sagt, heilig und unverletzlich. Auch diese Eigenschaft ist im Konstitutionalismus ein integrierender Bestandteil des Monarchenbegriffs und der Verfassung überhaupt.

Neben den Ministerien ist noch des Staatsrates zu gedenken. Er ist ein verfassungsmäßig nötiges Organ, denn verschiedene Male ist seiner in der Verfassung bei irgendwelchen Geschäften des Monarchen gedacht, z. B. bei der Gesetzgebung (§ 30 VIII). Er ist an die Stelle des Geheimen Rates der Konstitution getreten und hat wie dieser in der Hauptsache beratende Eigenschaft. Aber über diese seine eigentliche Funktion hinausgreifend, übt er auch „Entscheidungsgewalt“ aus, insbesondere entscheidet er die administrativ-kontentiösen Sachen, für die der Rechtsweg verschlossen bleibt, die Kompetenzkonflikte zwischen Justiz und Verwaltung und die Disziplinarsachen. [24]) Allein es bedeutet diese Entscheidungs-

---

[23]) Vgl. auch die früheren Verordnungen vom 2. 2., 17. 2. und den Kabinettsbefehl vom 15. 4. 17. Interessant ist die Stellung Ludwigs I. als Kronprinz zu diesen Problemen. Siehe darüber das Protokoll vom 20. 3. 17 über die Staatsratsitzung, und die persönlichen Randbemerkungen des Kronprinzen dazu.

[24]) Daß diese Entscheidungen von höchster Bedeutung waren, zeigt sich darin, daß dadurch die Grenze zwischen administrativ-kontentiösen Sachen und den bürgerlich-rechtlichen Rechtsstreitigkeiten, die vor die ordentlichen Gerichte gehörten, gezogen wurde.

befugnis, da der Staatsrat ein Instrument des Fürsten, ohne die besonderen Cautelen der richterlichen Behörden, war, eine Hinwegsetzung über den Gedanken der Gewaltentrennung.

Dazu tritt noch, daß diese „Entscheidungen" gar keine echten Entscheidungen waren, sondern ebensogut wie die anderen Beschlüsse des Staatsrates der Genehmigung des Monarchen bedurften. In Wahrheit war es der König also, der entschied und damit materiell diese Rechtsprechung übte. Dies ist noch ein weiterer Rest von Kabinettsjustiz, der damit erhalten blieb.

An der aktiven Verwaltung hatte der Staatsrat keinen Teil, hieran nahm er durch seine Beschlüsse, die den König nicht unbedingt, aber doch meist bestimmten, Einfluß.

Neben diese obersten Organe treten dann nachgeordnet Mittel- und Unterbehörden, die ja noch gar nicht von der Justiz getrennt sind.

Schon aus dem Gesagten erhellt, daß der König nicht nur die Verwaltung führt, beim Erlaß von Gesetzen (T. VII 80) nach der in Deutschland herrschenden konstitutionellen Theorie, mitwirkte, sondern zugleich auch eine rechtsprechende Funktion, nämlich bei „Verwaltungsrechtssachen" wie wir heute sagen würden, hat. Dieser Zustand ist demnach ein Verstoß gegen die entwickelten Grundsätze.

7c.) Ein Wort ist noch zu sagen über das Verordnungsrecht des Königs und der ihm nachgeordneten Behörden. Liegt hierin nicht eine Abbiegung von den oben geschilderten Grundsätzen? Zweifellos ist der Erlaß von Verordnungen zunächst materiell Rechtsetzung. Die Verfassungsurkunde von 1818 sagt darüber, wem ein solches Verordnungsrecht zukommen soll ebensowenig, wie positiv darüber, was eigentlich durch Verordnung geregelt werden kann.

Die Vermutung der Zuständigkeit spricht immer für den König, also auch hier. Der König kann demnach Verordnungen erlassen. Daß dies für Verwaltungsverordnungen und Dienstanweisungen, Disziplinarvorschriften usw. gilt, ist außer Zweifel. Aber auch Rechtsverordnungen, die unmittelbar den Untertanen binden, kann er erlassen. Auszuscheiden haben aber dabei diejenigen Verordnungen, die auf Grund spezieller gesetzlicher Delegation oder Ermächtigung ergehen. Denn hier überläßt eben der Gesetzgeber seine Tätigkeit in genau beschränktem Maße und Umfang einer anderen Stelle. Hier ist ein Teil des Vollzugs des Gesetzes auch dieses Aufstellen von Verordnungen. Was kann nun durch Verordnung ohne Spezialermächtigung geregelt werden? Sicherlich nicht alle Gegenstände, die auch durch Gesetz geregelt werden können. Denn wäre dies der Fall, dann wäre von einer Trennung der Gesetzgebung und der Exekutive überhaupt keine Rede.

Man wird sagen müssen, soweit die Regelung von Angelegenheiten durch Normen erfolgt, die die Freiheit oder das Eigentum der

Staatsbürger berühren, müssen diese in Gesetzesform ergehen.[25]) Nur im übrigen besteht Wahlfreiheit, ob Gesetz oder ob Verordnung. Aber praktisch ist infolge dieses formellen Gesetzesbegriffes auch in der bayerischen Verfassung das Prinzip der Spezialdelegation durchgeführt und also der konstitutionellen Forderung im Grundsatz wenigstens genügt. Von besonderer Bedeutung ist diese Frage für Bayern deshalb, weil die Verfassungsurkunde nichts Weiteres über das Verordnungsrecht sagt. Der zwingende logische Schluß lautet daher: Zwar hat der König, da ihm dieses Recht seiner Ausübung nach nicht ausdrücklich entzogen ist, grundsätzlich das Verordnungsrecht. Aber nur insoweit kann er es noch selbständig ausüben, als die Bestimmungen der Verordnungen nicht materielle Gesetze im Sinne des T. VII § 2 darstellen. Für solche „Verordnungen", die materiell Gesetze sind, bedarf es dann einer gesetzlichen Ermächtigung, einer sog. Spezialdelegation. Von größter Tragweite ist diese Regelung im Hinblick auf das Polizeiverordnungsrecht. Man setzte sich bis zum Erlaß des Polizeistrafgesetzbuches mehr oder minder gewunden über diesen Grundsatz hinweg[26]) und erließ auch ohne Spezialdelegation Polizeiverordnungen. Eine offensichtliche Abbiegung von den konstitutionellen Grundsätzen, die sich stützte auf vorkonstitutionelle Erlasse und Instruktionen an die Polizeibehörden! Sie findet im damals geltenden Verfassungsrecht, insoweit die Rechtsverordnungen Eigentum oder Freiheit der Staatsbürger berühren — und das ist die Regel, — keine Stütze. Erst seit dem Erlaß des Pol.-Str.-G.-B. v. 1861 änderte sich dies.

8a.) In den Mittelbehörden der Verwaltung ist die Trennung von Justiz und Verwaltung schon ziemlich durchgeführt. Die Kreisregierungen fußen nicht auf ausdrücklichen Verfassungsbestimmungen, sondern auf der Verordnung vom 27. VII. 1817[27]), die später Abänderungen unterzogen wurde. In deren § 91 ist ausgesprochen, daß die Tätigkeit der Kreisverwaltungsstellen im allgemeinen sich auf die Vollziehung der Verordnungen und Gesetze, auf Belehrung der Aemter . . . . . beschränken soll. Außerhalb ihrer Befugnisse liegt die Erlassung gesetzlicher Normen und organischer Anordnungen, sofern die Befugnis hiezu ihnen nicht ausdrücklich eingeräumt ist. (Abs. II.) Und in § 92 heißt es: „Alle Uebergriffe in die Sphäre fremder Geschäfte sollen sorgfältig vermieden werden." Wenn diese letztere Bestimmung auch mehr an die formelle Zuständigkeitsabgrenzung denkt, so ist doch im Ganzen genommen die Tendenz, sich auf Verwaltung, Regierung und Vollziehung der Gesetze und Verordnungen zu beschränken, unverkennbar. Hier sehen wir eine ziemlich tief-

---

[25]) Vergl. auch oben S. 19.
[26]) Vgl. Seydel, T. II, S. 329, a. a. O.
[27]) RGBl. 1817, S. 233 ff.

gehende organisatorische Scheidung. Die zwischen den einzelnen Kammern bestehende Zuständigkeitsabgrenzung interessiert nicht weiter. Sie ist folgerichtig durchgeführt, weil auch in der unteren Instanz die Finanz von eigenen Behörden, den Rentämtern, verwaltet wird. Trotz dieser Zuständigkeitsbeschränkung ist doch noch ein Uebergriff, der sich aus der geschichtlichen Entwicklung der Verwaltungsstellen ergibt, vorhanden. Es entscheiden nämlich diese obersten Verwaltungsbehörden der Kreise als administrative Instanzen die „administrativ-kontentiösen Sachen“ unter Anwendung der alten Hofratsordnung.[27a]) Hier wird materiell Rechtsprechung von Verwaltungsbehörden ohne die richterliche Unabhängigkeit und Inamovibilität geübt, auch ohne förmliches, gerichtsähnliches Verfahren[28]). Diese Rechtsprechung ist demnach nur formell Verwaltung.[29])

8b.) Die unteren Verwaltungsbehörden waren, wie bereits gesagt, die Landgerichte. Ungeschieden trafen sich hier Justiz und Verwaltung. Derselbe Beamte war Richter und zugleich auch Verwaltungsbeamter, wobei er für dieses letztere Gebiet nach den Weisungen der Oberbehörden zu verfahren hatte. Die Zuständigkeit der Landgerichte war beinahe unerschöpflich. Sie waren eine Art Sammelbecken der ganzen staatlichen Tätigkeiten. Außer der Finanzverwaltung kam ihnen die ganze Polizei, das ganze, große Gebiet der inneren Verwaltung, sämtliche Spezialverwaltungszweige, auch das Militär und die Bürgerwehren zu führen großenteils zu. Bei einer solchen Fülle von Geschäften war es kein Wunder, daß die außerdem noch zu führende Justiz (also streitige Zivilgerichtsbarkeit, die Untersuchung in Strafsachen, die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Polizeigerichtsbarkeit) ebensowenig befriedigend geführt werden konnte, wie die Verwaltung. Durch die Neuordnung des Gemeinde- und Stiftungswesens, durch die Einführung der Hypothekenbücher[30]) wurde die Zuständigkeit der Landgerichte sogar noch erweitert. So ist nicht zu verwundern, wenn

---

[27a]) Es ist das um so bedeutsamer, weil der Begriff „administrativ-kontentiöse Sachen“ ein ziemlich vager war und es auch in der Folgezeit blieb.

[28]) Daran ändert die Anwendung der Hofratsordnung nichts. Denn das erkennende Collegium wurde für jeden Tätigkeitsfall oder Periode aus den Verwaltungsbeamten gebildet, die auch als Mitglieder dieses Collegiums abhängig blieben.

[29]) Hier sieht man, welche andere Entwicklung Frankreich und Deutschland in dieser Beziehung genommen haben. In Frankreich hatte man die Theorie so aufgefaßt, daß nicht nur die Justiz von der Verwaltung, sondern auch die Verwaltung von der Justiz zu trennen sei. Man bestritt deshalb die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für die Entscheidung der Verwaltungsstreitigkeiten. Aber man schuf bereits 1801 eigene Verwaltungsgerichte, die auf Beschwerde des Bürgers hin Verwaltungsakte aufheben konnten. In Deutschland war davon noch keine Rede.

[30]) Es waren dies die Vorläufer der heutigen Grundbücher.

ein Reichsrat einmal aussprach: „Diesen Aemtern ist rechtzeitiges und erkleckliches Besorgen aller Geschäfte absolute Unmöglichkeit“.[31]) Hier Abhilfe zu schaffen blieb einer späteren Zeit überlassen.

9.) Rückblickend kommen wir zum Schlusse, daß die bayerische Verfassungsurkunde von 1818 die neuen staatsrechtlichen Ideale zwar schon in viel höherem Maße in sich unbewußt aufnehmen konnte und dieselben zum Ausdruck bringt, wie die Konstitution von 1808. Aber noch lange ist die restlose Trennung der Gewalten, insbesondere die Trennung von Justiz und Verwaltung, nicht erreicht und bei der noch immer vorhandenen Beweglichkeit des Systems war eine Reaktion durch eine kräftige Persönlichkeit wie Ludwig I. nicht ausgeschlossen.

## § 4.

## Die Entwicklung in der Zeit von 1818—1861.

### I. Die Zeit bis 1848.

1.) Auf die Periode, die wir soeben verlassen haben, folgte eine solche des Stillstandes, ja man darf sagen, sogar teilweise des Rückganges der staatsrechtlichen Entwicklung, wenigstens in Bayern. Während die französische Julirevolution und die belgischen Verfassungskämpfe, insbesondere aber die neue belgische Verfassung, mächtigen Einfluß auf Deutschland gewannen und sogar die ursprüngliche Stellung der Charte verschoben, war für Bayern, dank der starken Persönlichkeit Ludwig I., eine Zeit stärkster Reaktion und Abgeschlossenheit herbeigekommen. Dieser tatkräftige, willensstarke Herrscher konnte trotz aller Gesetze und Verfassungen nicht ohne entscheidende Bedeutung im Staatsleben bleiben. Es ist psychologisch sehr interessant, die Wandlung des feurigen Kronprinzen, dem nichts fortschrittlich genug war, der sich den Idealen seiner Zeit begeistert hingab, zu dem „letzten König alten Stiles“ [1]), der genauestens die kleinsten Einzelheiten der Staatsmaschine persönlich besorgte und überwachte, eifersüchtig auf die Erhaltung der königlichen Rechte und des „monarchischen Prinzips“ bedacht war und nochmals eine fast patriarchalische landesväterliche Fürsorge für das Wohl und Wehe seiner Untertanen betrieb, zu verfolgen. Ein König, für den die Minister nur die Vollzieher seines Willens waren, mußte aber notwendig mit einer Zeit, die voll Gärung, Sturm und Drang war und grundlegende Neuforderungen erhob, in Widerspruch geraten. Das ist jedenfalls festzuhalten: Ludwig I. war der Durch-

---

[31]) Vgl. Dr. W. H. Puchta, Die ordentlichen Gerichte in Bayern und ihre Reform. Erlangen 1834, Seite 30.

[1]) Vgl. Michael Doeberl, a. a. O., Seite 98.

führung der Gewaltenteilung gänzlich abgeneigt. Er hat dies wiederholt und unzweideutig ausgesprochen.[2])

Aus dieser der Zeitströmung entgegengesetzten Einstellung des Königs erklärt sich auch großen Teiles das Verfassungsleben während seiner Regierungszeit.

2a.) Betrachten wir zunächst das Gebiet der Legislative! In den ersten beiden Dezennien nach Erlaß der zweiten Verfassung kam es häufig zu Kämpfen zwischen Regierung und Ständen hinsichtlich der Zuständigkeit der letzteren, besonders auch über das Initiativ- und Petitionsrecht der Stände. Ueber Versprechungen und Entwürfe einerseits, über oftmals scharf zurückgewiesene Petitionen und Wünsche andererseits, gelangte man nicht hinaus. Nur in wenigen Punkten wurde eine wirkliche Einigung und Neuregelung erzielt: So für das Budgetrecht durch das berühmte Verfassungsverständnis vom Jahre 1843, das allerdings kein „Gesetz" war, sondern nur ein Beschluß der 1. Kammer, welcher vom König bestätigt war. Nunmehr war klar, daß auch die nicht verwendeten Mittel der bereits genehmigten Stellen der Kontrolle des Landtags unterlagen. Zu einer wirklichen Weiterbildung der bayerischen Verfassung bedurfte es neben der Julirevolution von 1830 des immer mehr sich steigernden Einflusses der belgischen Verfassung und der stärkeren Einwirkung der Pariser Februarrevolution von 1848.[3])

2b.) Eingeleitet wurde die neue Epoche mit der königlichen Proklamation vom 6. 3. 1848. Darin wurde ausgesprochen, daß die Krone nunmehr bereit sei, den längst und immer erneut wieder gestellten Forderungen nach einer gesunden Weiterbildung der Verfassung und des Verfassungslebens Rechnung zu tragen. In seiner Thronrede wiederholte Max II. die gemachten Zusagen im erweiterten Maße und stellte eine „ganze Sammlung von Gesetzesentwürfen in Aussicht", insbesondere über die Ministerverantwortlichkeit und Ministeranklage, über das Initiativrecht der Kammern, über die Wahl der Abgeordneten, ferner ein Grundlagengesetz für eine neue Gerichtsorganisation, mit Trennung von Justiz und Verwaltung, einen Entwurf über die Neugestaltung des Zivil- und Strafrechtes und -Verfahrens, mit Durchführung des Prinzips der

---

[2]) Vgl. Schuster, Seite 277, und Verh. d. K. d. R. 1848, Beilagen Bd. I, 202: „Der Trennung der Justiz von der Verwaltung in den untersten Stellen bin Ich nicht gewogen, sie schwächt die Kraft der Regierung. Zuwider mir immer gewesen Vermehrung der Verwaltungskosten in praesens, mit der Aussicht auf Verminderung in futuro. Entgegengesetzt hab' ichs gehalten.

[3]) Im Laufe längerer Zeit setzte sich die in der Revolution vom Volk erkämpfte belgische Verfassung in Deutschland an die Stelle der Charte Ludwigs XVIII. Aber dies währte noch geraume Zeit und setzte eine andere Verteilung der tatsächlichen politischen Macht voraus.

Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens, mit Einführung von Schwurgerichten usw.

Zwar nicht alle, aber doch einen erheblichen Teil dieser Zusagen erfüllte der Landtagsabschied vom 4. 6. 1848. [3a])

Wichtig in bezug auf die uns hier besonders berührenden Fragen ist in erster Linie das Landtagswahlgesetz vom 4. 6. 1848. Durch dieses Gesetz wurde die 2. Kammer erst so recht eine „Volks“-vertretung. Denn nunmehr war die Wahl schon weit eher eine „allgemeine und gleiche“ zu nennen. Allerdings blieb sie noch immer indirekt. Auf je 31 500 Einwohner trifft darnach 1 Abgeordneter (Art. 3). Ein bestimmtes Bekenntnis ist nicht mehr nötig. Man sieht, es entspricht die neue Volksvertretung — jetzt nicht mehr „Stände“-versammlung geheißen — schon mehr dem konstitutionellen Grundprinzip.

Am gleichen Tag erging das Gesetz über die ständische Initiative. [4]) Damit waren sich durch Jahre hindurchschleppende Streitfragen zwischen Regierung und Landtag aus der Welt geschafft und man war ein kleines Stück weiter zur Montesquieu'schen konstitutionell fortgebildeten Auffassung hingelangt. Nunmehr war das immer noch beschränkte Initiativrecht des Landtags doch wenigstens verfassungsmäßig geschützt. [5])

3a.) Auf dem Gebiet der Justiz ist auch der Anfang einer gänzlichen Umwälzung langsam angebahnt worden. Insbesondere wurde durch die Aufhebung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit ein bedeutendes Hindernis für die Weiterentwicklung beseitigt. Es geschah dies durch das Gesetz über die Aufhebung der standesherrlichen und gutsherrlichen Gerichtsbarkeit vom 4. 6. 1848. [6]) Nunmehr war doch auch praktisch tatsächlich die Gerichtsgewalt allein beim Staat und es war nur mehr Sache einer Neuorganisation, jetzt Justiz und Verwaltung zu trennen. Auch diese wurde 1848 wenigstens in die Wege geleitet und zwar vor allem durch das Grundlagengesetz vom 4. 6. 1848, dem „feierlichen Vertrag zwischen Krone und Volk“, wie es Edel einmal nannte. [6a]) Nach dem „Gesetz die Grundlagen der Gesetzgebung, die Gerichtsorganisation, das Verfahren in Zivil- und Strafsachen und das Strafrecht betreffend“, diesem bloßen Programmgesetze, das noch kein unmittel-

---

[3a]) Vgl. Gesetz- u. Verordnungsblatt 1848.

[4]) Die Stände hatten nunmehr unbestritten das Initiativrecht für einfache Gesetze und für einen bestimmten Ausschnitt der Verfassungsgesetze.

[5]) Ueber den Landrat und Distriktsrat soll erst unter II gehandelt werden, nachdem erst 1852 das grundlegende Gesetz erschien.

[6]) Diesem Gesetz, das das Schlußkapitel eines langen Kampfes zwischen Staat und Adel darstellt, gingen bereits etliche Gesetze seit Erlaß der Verfassungsurkunde von 1818 voraus: so die königliche Erklärung vom 2. 10. 29, das Gesetz vom 28. 12. 31 und 1. 7. 34. Doch wurde durch diese Vorgänger fast gar nichts erreicht.

[6a]) Vgl. Edel, Das bayer. Gesetz v. 1856.

bar anwendbares Recht enthielt, diesem Aggregat von Sollsätzen zufolge, sollte ja (vergl. dessen Art. 1) „die Rechtspflege“ von der Verwaltung, selbst in den untersten Behörden gänzlich getrennt werden. Dieses Problem war eigentlich mit der heißumstrittenste Satz der ganzen Periode zwischen Landtag und Regierung. Obwohl im Staatsrat schon im Jahre 1811 die Mehrzahl der Stimmen für die Trennung der beiden Staatsfunktionen war,[7]) sträubte sich die Regierung immer wieder aus vorwiegend politischen Motiven, den Grundsatz durchzuführen. Insbesondere war es eine Art Furcht vor einer Verminderung der staatlichen Macht und des Ansehens, auch vor den finanziellen Opfern, die eine Neuorganisation notwendig machen würde. So suchte man immer aufs Neue durch Verkleinerung der Gerichtsbezirke, Umgruppierung des Personalstandes eine Entlastung der Landgerichte, die zu der Zeit ganz besonders den Gegenstand lebhaftester Klagen bildeten, herbeizuführen. Allein umsonst. Man ging nicht der Wurzel des Uebels zu Leibe. Es verlangt eben die Verwaltungstätigkeit allein schon den vollen Mann, umsomehr als hier ja der Beamte nicht unabhängig ist. Wo sollte da eine gedeihliche Rechtspflege bei einer so offensichtlichen Arbeitsüberlastung herkommen?[8]) Vereinigte doch ein Landgericht in sich die Zuständigkeit für die ganze Zivilrechtspflege, in streitigen Fällen (mit geringen Ausnahmen), wie in nicht streitigen Angelegenheiten (was eigentlich schon Verwaltung ist), ferner für die Führung der Untersuchung in Strafsachen. Schon dies allein würde zum Uebermaß genügen, um Beschäftigung für jedes Landgericht zu finden. Dazu tritt aber nun die Pflege der gesamten inneren Verwaltung, insbesondere der Polizei, ferner die Polizeigerichtsbarkeit.[9]) Eine bedeutende Vergrößerung der Geschäfte erlitten die Landgerichte durch die Neuorganisation des Gemeinde- und Stiftungswesens, sowie durch Einführung des Hypothekenbuches.[10])

3b.) Der immer mehr sich durchsetzenden Erkenntnis der Notwendigkeit der völligen Trennung von Justiz und Verwaltung gab dann endlich die Krone insoweit nach, als wenigstens in ein künftiges Programm diese Forderung mitaufgenommen wurde. Es sollte außerdem durch Schaffung von Bezirksgerichten die Zuständigkeit der Landgerichte verkleinert werden. Doch vergingen immer

---

[7]) Vgl. dazu eine Aeußerung des ehemaligen Ministers Graf v. Reigersberg in der Reichsratskammer im Jahre 1847. Siehe Protokoll der Verhandlung der R.R.K., Bd. I, S. 135/1847.

[8]) Vgl. zu diesen Ausführungen eine bezeichnende Schrift eines Erlanger Landrichters aus dem Jahre 1838: Hch. Puchta, Die Landgerichte in Bayern und ihre Reform.

[9]) Die Polizeigerichtsbarkeit wurde nach Verwaltungsgrundsätzen betrieben, nicht nach richterlichem Verfahren. Seydel nannte dies „Administrativjustiz“.

[10]) Puchta, Seite 81.

noch lange Jahre bis zur völligen Verwirklichung dieser Versprechungen. Auch Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Gerichtsverfahrens wurde verheißen, ebenso wie die Einrichtung von Schwurgerichten, von Staatsanwaltschaften, für die ein Vertreter bei jeder Hauptverhandlung anwesend sein soll, ferner Beseitigung der privilegierten Gerichtsstände. Alles dies hätte bedeutet, daß man sich der Montesquieu'schen Auffassung mehr und mehr genähert hätte. [11]) Daß dies bei der Trennung von Justiz und Verwaltung der Fall wäre, ist klar. Die Einführung von Schwurgerichten entspricht, wenn man diesen Vergleich überhaupt ziehen will, dem in Deutschland nur ganz verändert aufgenommenen Gedanken der Volkswahl der Richter.

4a.) Auch die Exekutive ist nicht ganz ohne die Spuren der Zeitentwicklung geblieben. Hier ist es das „Gesetz, die Verantwortlichkeit der Minister betreffend", vom 4. 6. 1848, das nunmehr eine rechtlich festgelegte Verantwortung der Minister gegenüber dem Parlament [12]) (Art. 6 und Art. 9) begründet, ferner die Notwendigkeit der Gegenzeichnung für die Gültigkeit der Regierungsanordnungen des Königs (Art. 4) ausspricht und eine förmliche Ministeranklage vor einem Staatsgerichtshofe vorsieht. [13]) (Art. 9). Nunmehr ist also den Gedanken Montesquieu's unwillkürlich Genüge getan. Auch ist das

---

[11]) Ein Teil dieser Zusagen wurde mit der Reform des Str. G. B. zusammen eingelöst. So ging auch das Gesetz über die Einführung der Schwurgerichte in das Gesetz vom 10. 11. 1848 über. Darnach wurden die Kreis- und Stadtgerichte erkennende Gerichte in Strafsachen. Die dort selbst gebildeten Schwurgerichte urteilen die schweren Verbrechen ab. Das Appellationsgericht wurde Berufungsinstanz, das O.A.G. erhielt einen permanenten Kriminalsenat.

[12]) D. h. also, das Parlament kann sie geltend machen. Es machte damit aber nur die dienstliche Verantwortlichkeit des Ministers geltend. Dies ist aber noch immer keine politische Verantwortlichkeit in dem Sinne, daß der Minister auch für die Zweckmäßigkeit neben der Rechtmäßigkeit zu haften hätte. Diese politische Verantwortung dem Parlament gegenüber ist in dieser Zeit noch nicht rechtlich ausgesprochen. Noch fehlen dem Landtag auch alle Mittel sie durchzusetzen. Die Ministerverantwortlichkeit bedeutet also nur, daß der Minister Rechenschaft schuldig ist gegenüber dem Landtag, d. h. er muß Rede und Antwort stehen. Auch die tatsächliche politische Macht geht dem Landtag zu seiner Zeit noch ab, er kann sie noch nicht dem König gegenüber ausspielen. Vergl. auch Seydel, I, S. 518. Doch ist bemerkenswert, daß der Umfang der Verantwortlichkeit, die neben dem König auch vom Landtag geltend gemacht werden kann, seit der Verfassungsurkunde von 1818 bedeutend gewachsen ist. Denn nunmehr genügt für die Ministeranklage die Verletzung jedes Gesetzes, nicht nur der Verfassung. Was Seydel über das Nichtbestehen eines Kontrollrechtes des Landtags über die ganze Verwaltung sagt, ist für diesen Zeitabschnitt hier sicher noch richtig. Ohne eine besondere positive Niederlegung änderte sich dies aber später immer mehr zu Gunsten des Landtags. (Vergl. dazu auch Schuster, a. a. O., Seite 30, der recht hat, wenn er die Seydel'sche Ansicht als Theorie bezeichnet. Jedenfalls wurde sie dies in der Folgezeit mehr und mehr.)

[13]) Das Gesetz über den Staatsgerichtshof erging erst 1850, S. u.

Realsystem aufs Neue, jetzt verfassungsmäßig garantiert. (Art. 2, 1). Durch diese Neuerungen erhielten die Minister erst tatsächlich eine freiere und unabhängigere Stellung. Sie können jederzeit entlassen werden, sie können aber auch selbst ihre Entlassung nehmen, sie können die Gegenzeichnung verweigern, ohne dadurch, wie bisher, die Dienstpflicht dem König gegenüber zu verletzen. Sachlich waren sie also dem König gleichgeordnet, denn ohne Minister gibt es keinen gültigen Staatsakt des Königs mehr. (Die Formation der Ministerien im Einzelnen regelte die Verordnung vom 9. 12. 1825.)

4b.) Der neben dem Ministerium und der Ministerialkonferenz (der eine eigentliche Geschäftssphäre nicht zukommt), auch jetzt noch bestehende Staatsrat [14]) erledigte noch immer als Verwaltungsbehörde materiell eigentlich der Rechtsprechung zugehörige Aufgaben. Er entschied insbesondere die administrativ-kontentiösen Sachen. Dagegen war nunmehr die Prüfung der Legitimation der einzelnen Abgeordneten der beiden Kammern diesen selbst, je für ihre Mitglieder, übertragen worden. Auch diese Tätigkeit ist [15]) eigentliche Rechtsprechung. So sehen wir auch in diesen beiden Fällen Abweichungen von den Montesquieu'schen Sätzen.

Die mittleren Verwaltungsstellen, die Kreisregierungen, erfuhren 1825 eine Neuformation, die 1836 geändert wurde. Ihr Vorstand heißt seit der Verordnung vom 29. November 1837 Regierungspräsident. An ihrer Zuständigkeit gab es grundlegende Aenderungen nicht. 1848 (10. Aug.) erging eine Ministerialentschließung, die ihre Befugnisse erweiterte.

4c.) Wie bereits oben geschildert, war von einer Trennung von Justiz und Verwaltung in der Unterinstanz keine Rede. Noch immer blieb das Landgericht das „Mädchen für alles", führte die gesamte innere Verwaltung, insbesondere auch die Polizei, und entschied als Verwaltungsbehörde über Polizeiübertretungen. [16]) Diese Zustände sind zunächst der erheblichste Mangel der bayerischen Staatsmaschine geblieben.

## II. Die Zeit 1848—61.

5a.) Auch nach 1848 war zunächst die Gestaltung der Dinge nicht einfach so, wie die Programmsätze es erwarten ließen. Nochmals suchte man mit aller Zähigkeit beim alten stehen zu bleiben, ja sogar bereits Erreichtes wieder umzustoßen.

---

[14]) Vgl. Staatsratsinstruktion vom 18. 11. 25.

[15]) Siehe Gesetz den Geschäftsgang des Landtags betreffend, 9. Bl. 1850, S. 300 ff. und 316.

[16]) Das bedeutete, daß der Instanzenzug nicht zu dem nächsthöheren Gerichte ging und die Entscheidung in einem gerichtlichen Strafverfahren gefunden werde, sondern im Verwaltungswege entschieden auch die höheren Instanzen, d. s. die Kreisregierungen K. d. J., darüber.

5b.) Zwar war dies weniger der Fall, soweit die Volksvertretung in Frage stand. Sie hatte sich endgültig durchgesetzt und es änderte sich in dieser Periode nichts Grundsätzliches an ihr. Immerhin schuf man endlich die lang ersehnte Kreis- und Distriktsvertretung. Schon 1819 war der Wunsch bei der Ständeversammlung laut geworden, doch auch im rechtsrheinischen Bayern den in der Pfalz nach französischem Vorbild bestehenden Landrat einzuführen. 1822 erging dann auch eine diesbezügliche Verordnung. Geändert und verbessert wurde die der Zeitepoche nicht genügende Einrichtung durch das Gesetz vom 15. 8. 28, welches wenigstens eine erweiterte Zuständigkeit des Landrats brachte. Eine völlige Neuordnung erfolgte jedoch erst nach 1848. 1848 wurde bereits die Forderung festgelegt, daß die Regierungsbezirke zu wirklichen Kreisgemeinden [17]) erhoben werden sollen.

Nach langen Beratungen, Aenderungen und Beschlüssen kamen dann endlich die Gesetze vom 28. 5. 52, die, von wenigen Aenderungen [18]) abgesehen, eine lange Epoche hindurch, fast bis zur Gegenwart, in Geltung blieben.

5c.) Für uns taucht hier die Frage auf, welcher Art die öffentlich-rechtliche Stellung der Land- und Distriktsräte ist. Was sind sie und was ist das Wesen ihrer Aufgaben und Tätigkeiten. Darnach bestimmt sich ihre Stellung zur Frage der Staatsfunktionenteilung. Man kann wohl sagen, der Landrat und Distriktsrat sind Vertretungskörper, Organe der Kreise bezw. der Distrikte. Die Abgeordneten dazu werden in mittelbarer Wahl gewählt aus den Einwohnern meist der betreffenden Gebiete, aus denen sie stammen. [19]) Ihr Hauptwirkungskreis liegt in der Mitwirkung bezw. der Kontrolle der inneren Staatsverwaltung ihres Gebietes, in der Bewilligung der besonderen Steuern und Umlagen. Natürlich alles dies mit der Krone, den Staatsbehörden gemeinsam.

Legt man diese Gedanken [20]) zugrunde, so gelangt man wohl zur Ansicht, daß Landrat und Distriktsrat eine Art partikulärer Volksvertretung darstellten, berufen die Kontroll- und Balancierungsfunktion des Landtags mit auszuüben und zu verstärken. So ordnet sich ihre Einrichtung widerspruchslos in die Montesquieu'schen Grundsätze ein. Doch muß man zugeben, daß hier noch andere Strömungen, insbesondere der Gedanke der Selbstverwaltung und der Rechtsstaatsgedanke mit hereinspielten.

---

[17]) Hier bemerkt man schon das Eindringen der Rechtsstaatsidee und derjenigen der Selbstverwaltung.

[18]) Z. B. 1878 wurden einige Verfahrensvorschriften geändert.

[19]) Trotzdem haben auch sie nicht nur das Interesse ihres Wahlbezirkes zu vertreten, sondern das des ganzen Distriktes oder Kreises.

[20]) Vergl. dazu Pölzl, a. a. O., Seite 337. Was dort über die öffentlich-rechtliche Stellung des Distriktsrates gesagt ist, gilt in entsprechender Modifikation auch für den Landrat.

6a.) Während bei der Volksvertretung ein vorläufiges Ruhestadium der Entwicklung eintrat, war gerade der Zeitabschnitt von 1848 bis 61 für Justiz und Verwaltung der bedeutsamste. Wurde doch in ihm endlich das so lang ersehnte und heiß erkämpfte Ziel, die gänzliche Trennung der Justiz von der Verwaltung, auch in den untersten Instanzen erreicht.

Wir haben gesehen,[20a]) daß das Grundlagengesetz vom 4 6. 1848 erst noch der Verwirklichung bedurfte, es also kein sofort anwendbares Recht, sondern nur Programmsätze enthielt. Den ersten Schritt zur Verwirklichung dieser Richtlinien bedeutete das noch im gleichen Jahre unterm 10. November 1848 ergangene „Gesetz die Abänderung des II. Teiles des Str.G.B. von 1813 betreffend". Es brachte die Einführung von Schwurgerichten, die Einrichtung von Stadt- und Landgerichten als erkennende Gerichte, ferner als übergeordnete Instanz die Appellationsgerichte und das Oberappellationsgericht. 1850 schien dagegen eine volle Durchführung des Grundlagengesetzes erreicht zu werden durch ein unterm 25. 7. 1850 erlassenes „Gesetz den weiteren Ausbau der Rechtspflege betreffend". Doch trat dieses ebensowenig in Wirksamkeit, wie das damit engverknüpfte Notariatsgesetz. Ein Gesetz von 1852 hatte das gleiche Schicksal. Im Jahre 1854 kam der letzte Vorstoß der Regierung zur gänzlichen Beseitigung der Gesetze von 1848 und 1850. Allein sie mußte bei dem einhelligen Widerstand der Kammern den diesbezüglichen Gesetzesentwurf zurückziehen. Der nächste Landtag brachte endlich einen kleinen Fortschritt mit dem Gesetz vom 1. 7. 56, welches allerdings noch immer bezeichnenderweise heißt „Gesetz betreffend „e i n i g e" Bestimmungen über die Gerichtsverfassung" usw. Dieses Gesetz brachte die Einführung der Bezirksgerichte und den Ausbau der Einzelgerichte für kleinere Strafsachen (Art. 18/19), weiter die Organisation des Untersuchungsrichteramtes (Art. 20/21). Dagegen brachte es wiederum nicht die Trennung von Justiz und Verwaltung[21]) in den untersten Instanzen, auch nicht die Aufhebung der persönlichen-privilegierten Gerichtsstände (vergl. insbesondere Art. 2, IV bezüglich der Polizeisachen).

6b.) Um endlich ein geschlossenes Ganzes zu erhalten, die noch bestehenden Gebrechen zu heilen und die 1848 gemachten Zusagen einzulösen, wurde 1861 von der Regierung ein Entwurf vorgelegt, der am 10. November zum Gesetz erhoben wurde. Um die gleiche Zeit ergingen auch das Strafgesetzbuch, das Polizeistrafgesetzbuch, das Einführungsgesetz hiezu, das Notariatsgesetz, ferner 1862 die Verordnung zum Vollzug des GVG. 1861, eine Verordnung die Einrich-

---

[20a]) Vergl. bezüglich der Gesetzestexte die betreff. Jahrgänge des Gesetz- u. Verordnungsblattes.

[21]) Siehe § 4 des Berichtes des 1. Ausschusses der Abgeordnetenkammer vom 26. 5. 56; Beilagenband IV, Seite 205 ff. Vergl. auch Seydel, I., S. 544; Edel: Das Gesetz v. 1856, Nördlingen 1857, S. 8 ff.
I., S. 544; Edel, Das Gesetz v. 1856, Nördlingen 1857, S. 8 ff.

tung der Distriktsverwaltungsbehörden betreffend und eine Verordnung die Organisation der Handelsgerichte betreffend.

Durch diese Gesetze [22]) und Verordnungen war endlich die Trennung von Justiz und Verwaltung in allen Instanzen grundsätzlich erreicht. Bezüglich der Gerichtsverfassung galt darnach folgendes: Der Instanzenzug ist Stadt- oder Landgerichte (Einzelgericht) und Bezirksgerichte als erste, Appellations- und Oberappellationsgerichte als zweite und dritte Instanz (Art. 1). Die Zuständigkeit der einzelnen Gerichte ist im GVG. erschöpfend geregelt. Sie haben außer der freiwilligen Gerichtsbarkeit [23]) keinerlei Verwaltungssachen mehr zu entscheiden oder zu bearbeiten, sondern nur materielle Rechtsprechung [24]) (Art. 2, I). (Vergl. dazu Art. 8 ff., Art. 16, Art. 30, 31 ff., 42 ff.). Die bisher dem Landgerichte zukommenden Verwaltungsgeschäfte übernahmen die durch die Verordnung vom 24. 2. 62 bestellten Bezirksämter (§ 1 V., § 10 ff.). Diese sind ganz und nur Verwaltungsbehörden und erledigen wenigstens keine materielle Rechtsprechung, die zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gehört [25]). Insbesondere entscheiden nun auch über Polizeiübertretungen die ordentlichen Gerichte.

Damit war ein großer, kampfreicher Abschnitt der bayerischen Justiz und Verwaltungsentwicklung zu seinem vorläufigen Ende gelangt [26]) und die konstitutionellen Forderungen auf diesem Gebiete verwirklicht.

7a.) Die Exekutive ist in ihren oberen Verwaltungsstellen in der Zeit seit 1848 einer bedeutsameren Neuorganisation nicht unterworfen worden. Maßgebend für die Formation der Ministerien blieb im Wesentlichen die Formationsverordnung vom 9. 12. 1825 und für den Staatsrat die Instruktion des gleichen Jahres. Doch erlitt letzterer eine empfindliche Zuständigkeitsbeschränkung durch die Gesetze und Verordnungen über das Verfahren in angeregten Kompetenzkonflikten, insbesondere durch das „Gesetz die Kompetenzkonflikte betreffend“ vom 28. 5. 58. Darnach entscheidet nicht mehr, wie bisher, der Staatsrat über Kompetenzkonflikte zwischen Justiz und Verwaltung, sodaß es also Sache der Exekutive wäre, darüber zu befin-

---

[22]) Vergl. Edel, Das bayerische Gesetz v. 1861.

[23]) Begriff s. o.

[24]) Abgesehen von der Justizverwaltung, die aber nur äußerlich und aus Zweckmäßigkeitsgründen bei den Gerichten, aber nicht von „Richtern“ geführt wird. Die Staatsanwaltschaft als echte Verwaltungsbehörde hat hierüber die Oberaufsicht; sachliche Weisungen an die wirklich entscheidenden Richter darf sie nicht geben. Vergl. z. B. A. 63.

[25]) „Verwaltungsrechtssachen“ kannte man damals noch nicht. Die Entscheidung von Verwaltungsstreitigkeiten verblieb also noch immer den Verwaltungsbehörden.

[26]) Erwähnt muß noch werden, daß durch Errichtung von Handelsgerichten nach dem a. D. Handelsgesetzbuch u. EG. dazu das Laienelement zum 1. Male in die bürgerliche Rechtsprechung eindringt. Es ist hierin kein Verstoß, sondern eine Angleichung an Montesquieu zu erblicken.

den, was vor die ordentlichen Gerichte kommen sollte, sondern, wie es das Wesen dieser Tätigkeit verlangt, — da sie ja materiell Rechtsprechung ist —, ein besonderer Senat des obersten Gerichtshofes. Auch in diesem Punkte demnach eine klarere organisatorische Scheidung der verschiedenen Staatsfunktionen und die Durchführung Montesquieu'scher Forderungen.

Endlich ist noch des Gesetzes vom 30. 3. 50 zu gedenken, das das Verfahren vor dem Staatsgerichtshof im Falle einer Ministeranklage, die Zusammensetzung des erkennenden Gerichtes usw. regelt. An den bereits bestehenden Grundsätzen wurde dadurch eigentlich nichts geändert. Einzelheiten interessieren hier nicht.

7b.) Die Mittelstellen blieben im großen und ganzen auch das, was sie bis 1848 schon waren. Doch machte sich die Aufhebung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit und ganz besonders die in den Unterbehörden durchgeführte Trennung von Justiz und Verwaltung auch hier geltend. Die Gerichte wurden dadurch dem Einfluß der Regierungen gänzlich entrückt, die Bezirksämter diesen dagegen unmittelbar unterstellt (§ 1, V, v. 24. 2. 62).

7c.) Der Rückwirkung der Neuorganisation der Gerichte wurde oben schon gedacht. Es wurde, nachdem die Landgerichte die Verwaltungsangelegenheiten abgestoßen hatten, die Einrichtung von reinen Verwaltungsbehörden unterster Instanz, also von Außenbehörden notwendig. Dieser Notwendigkeit wurde durch Errichtung von Bezirksämtern mit Verordnung vom 24. 2. 62 Genüge getan. Die „Bezirksämter" unterstehen der für sie in Frage stehenden Kreisregierung. Sie erledigten nur materielle Verwaltungsgeschäfte und allerdings auch noch die Entscheidung der Verwaltungsstreitigkeiten im Verwaltungsweg, wie denn überhaupt bis zur letzten „Instanz" die Verwaltungsstreitfälle nicht durch Gerichte, sondern durch Verwaltungsbehörden in einem nicht gerichtlichen oder gerichtsähnlichen Verfahren verbeschieden wurden. Letzterer Umstand zeigt an, daß auch jetzt noch nicht eine restlose reinliche Trennung beider Staatsfunktionen stattgefunden hatte. Er weist auf fernere Aufgaben und zu erstrebende Ziele hin.

## § 5.

## Die Zeit nach 1862; der Eintritt Bayerns ins Deutsche Reich und der Ausbau der Verwaltungsgerichte. Die Entwicklung bis zum Weltkrieg 1914.

### I. Die Zeit bis 1900. [1]

1a.) Im Jahre 1861 hatte der Gedanke der Gewalten- oder besser der Funktionenteilung in Bayern den endgültigen Sieg errun-

---

[1]) Vergl. u. a. Seydel, I., S. 547 ff.; ferner Laband: Deutsches Staatsrecht; Mayer-Anschütz: Deutsches Staatsrecht; Doeberl: Ein Jahrhundert bayerischen Verfassungslebens und derselbe: Entwicklungsgeschichte Bayerns.

gen. Trotzdem muß man nicht denken, daß nunmehr die Entwicklung schon ihr Ende erreicht hätte. Sie machte nur ein neues Feld der Betätigung auf, das die Rechtsstaatsidee bereits zu beackern im Begriff war. Die Forderung dieser Theorie war teilweise zugleich auch eine solche des Konstitutionalismus, da sie gleichfalls in der logischen Konsequenz der Notwendigkeit der Errichtung von Stellen mit gerichtsähnlichen Einrichtungen und Sicherheiten endigt, welche berufen sein sollten, die Streitigkeiten auf dem Gebiet der Verwaltung zu entscheiden. Das war aber das, was auch nach der Montesquieuschen Ansicht erforderlich war. Denn auch diese streitentscheidende Tätigkeit ist materiell gesehen nichts anderes als Rechtsprechung und die Rechtsprechung sollen allein die Gerichte haben und üben. Man stritt lange darüber, ob man auch in Deutschland, in Anlehnung an Frankreich, die ordentlichen Gerichte dafür zuständig machen oder ob man eigene Verwaltungsgerichte mit den gleichen Sicherungen für die Sachentscheidung, wie die ordentlichen Gerichte sie hatten und mit einem gerichtsähnlichen Verfahren einrichten sollte. Das ist für unser Ziel aber nicht sehr von Belang. Denn nötig ist nach Montesquieu nur, daß Gerichte Recht sprechen. Verwaltungsgerichte sind aber auch „Gerichte" in diesem Sinn, sobald deren Richter sachliche und persönliche Unabhängigkeit haben und das Verfahren gesetzlich dem des ordentlichen Gerichtsverfahrens ähnlich geordnet ist. Deshalb interessiert die Entwicklung der ganzen Rechtsstaatsidee und ihrer Grundsätze hier nicht näher; es handelte sich nur darum, jenes Gebiet, auf dem beide Bewegungen sich treffen, kurz zu streifen. Denn dadurch wird verständlich, warum nunmehr, nachdem die jahrzehntelang brennende Frage der Trennung von Justiz und Verwaltung [2]) gelöst war, die Hauptfortbildung in der Folgezeit zweifellos auf diesem Gebiete lag.

2.) Nur wenig hat sich dagegen geändert an der Regelung der gesetzgebenden Staatsfunktion und deren Ausübung. Allerdings hat sich, mehr indirekt freilich, der Einfluß des Landtages auf die Regierung durch die Verkürzung der Budgetperiode von 6 auf 2 Jahre verstärkt. [3]) Doeberl [4]) folgert dies richtig, indem er sagt, daß die Regierung damit mittelbar gezwungen wurde, den Landtag wenigstens alle 2 Jahre einzuberufen, wodurch auch dessen Einfluß auf die ganzen Regierungsgeschäfte durch die dadurch gesteigerte Ueberwachungsmöglichkeit, vergrößert worden ist. Hier hebt sich bereits deutlich die Möglichkeit einer in der späteren Folgezeit sich immer mehr bemerkbar machenden allmählichen langsamen Verschiebung der tatsächlich vorhandenen dynamisch-politischen Kräfte von ihren rechtlichen Verhältnissen ab.

---

[2]) Nur um die Trennung dieser beiden Funktionen handelt es sich mehr; die Gesetzgebung und die Rechtsprechung waren ja schon getrennt.
[3]) Es geschah dies durch ein Gesetz vom 10. 7. 65. (Ges.- u. V.O.Bl. 1865.)
[4]) Vergl. M. Doeberl, a. a. O., Seite 140.

Der Eintritt Bayerns ins Reich änderte an der Stellung der Legislative gegenüber den beiden anderen Funktionen eigentlich nichts. Es wurde zwar der Zuständigkeitskreis des bayerischen Landtags schwer betroffen, aber im Hinblick auf unsere Fragestellung wurde dadurch, wenigstens unmittelbar, nichts Neues hervorgebracht.[5]) Am 19. 1. 72 erging eine neue Geschäftsordnung des Landtags, der bald, am 5. und 23. 2., eine solche für die 1. und 2. Kammer folgten.

Die schon länger angebahnte Wahlreform, durch welche insbesondere die Unmittelbarkeit der Wahl[6]) und die geheime Abstimmung erreicht werden sollte, wurde durch das Vorbild des norddeutschen und späteren deutschen Reichstages begünstigt. Immerhin währte es bis 1881, ehe auch nur eine teilweise Verwirklichung der Reformgedanken Platz griff. Durch das Gesetz vom 21. 3. 81[7]) wurde zwar die geheime Abstimmung eingeführt, nicht aber die Unmittelbarkeit der Wahl. Diese blieb, wie in Preußen, noch immer mittelbar. Doch war jetzt die Freiheit der Wahl insofern größer, als weder direkt noch auch auf Umwegen jemand wegen seiner Abstimmung Nachteile zu fürchten brauchte. Also ist dadurch doch ein großer Schritt vorwärts zur konstitutionellen Staatstheorie hin gemacht.

3a.) Im Bereich der Justiz erging kurz vor dem Eintritt Bayerns in das Reich, als „letzter bedeutender Akt der Landesgesetzgebung auf diesem Gebiete“ und zugleich als letzte Erfüllung des großen Programmes des Jahres 1848, die bayerische Zivilprozeßordnung von 1869. Sie brachte Oeffentlichkeit und Mündlichkeit nun endgültig auch für den Zivilprozeß.[8])

3b.) Bedeutende Einschnitte in die Gerichtsverfassung Bayerns brachten nach der Reichsgründung vor allem die sogenannten „Justizgesetze“, insbesondere das GVG., ZPO., StrPO. und deren EG. in Verbindung mit den Ausführungsgesetzen Bayerns. Die für uns in Betracht kommenden Bestimmungen treten teils an Stelle, teils neben diejenigen der bayerischen Verfassungsurkunde und der einschlägigen Gesetze.

Für unser Thema ist folgendes von Wichtigkeit:

Schon § 1 GVG. spricht die Unabhängigkeit der Gerichte aus. „Nur dem Gesetz unterworfen“ sollen die Gerichte sein. Entsprechend der umgebildeten konstitutionellen Auffassung ist dem-

[5]) Einfluß hatte das Reichsrecht mittelbar aber doch bedeutend, z. B. auf dem Gebiet der Wahlrechtsreform.

[6]) Nicht sollte mehr der Urwähler einen Wahlmann und dieser erst den Abgeordneten, sondern der Bürger selbst sollte den Abgeordneten wählen, ohne weitere Mittelsperson.

[7]) Dazu vergl. die Vollzugsvorschriften im Ministerialerlaß vom 21. 4. 81. Der entscheidende Paragraph ist der geänderte § 20.

[8]) Seydel, I., S. 547 ff.

nach die Legislative, soweit sie Recht setzt, der Justiz übergeordnet gedacht. Im übrigen aber sind die Gerichte auch keinem Einfluß des Gesetzgebungsorganes und insbesondere auch keinem der Verwaltungsorgane zugänglich. Die Ernennung der Richter erfolgt auf Lebenszeit und zwar, nach dem bayerischen Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz, durch den König (Art. 1) (wie auch bisher).[9]) Alle Richter sind ferner inamovibel (§§ 6, 8 GVG.) und fest besoldet. Gerichtssporteln gibt es nicht mehr. Wegen der vermögensrechtlichen Ansprüche der Richter aus ihrem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis bleibt der ordentliche Rechtsweg offen. Alle diese Bestimmungen dienen zur Sicherung der völligen Unabhängigkeit der Richter.

War nach dem bisherigen Rechtszustand die nunmehr bei jedem Gerichte zu errichtende Staatsanwaltschaft (141 GVG.), die doch echte Verwaltungsbehörde ist, zur Aufsicht in Justizverwaltungs- und disziplinarischen Angelegenheiten berufen, so wird dieser, vielleicht doch indirekt vorhandene Einfluß jetzt auch noch weggenommen. Die Staatsanwaltschaften sind unabhängig von den Gerichten (150 GVG.), sie können richterliche Geschäfte nie besorgen (152 GVG.), aber sie können umgekehrt auch keinerlei Aufsicht und Einfluß auf die Gerichte mehr ausüben. (152 GVG.)

Nur die „ordentliche streitige“ Gerichtsbarkeit wird durch die ordentlichen Gerichte geübt. Nicht regelt also das GVG. die freiwillige Gerichtsbarkeit. Diese verbleibt aber auch jetzt den Gerichten nach althergebrachter Sitte, gemäß dem A. G. z. GVG. (Nach dem Erlaß des F.G.G. 1898 regelt dieses die Zuständigkeit.)[10]) Nicht regelt ferner das GVG. die Ausübung der anderen Gerichtsbarkeit, insbesondere der Verwaltungsgerichtsbarkeit, sofern und soweit eine solche bereits besteht.

Das GVG. sagt deshalb in § 13, was vor die ordentlichen Gerichte gehört,[11]) wobei im Einzelnen bestritten ist, was unter einer „bürgerlichen Rechtsstreitigkeit“ eigentlich verstanden werden soll. Das Reichsgericht hat damals noch den heute unhaltbaren und längst aufgegebenen Standpunkt vertreten, daß unter bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten alle jene zu verstehen seien, die vermögensrechtlichen Inhalt hätten.

---

[9]) Auch jetzt wird demnach an der sogleich umgebildeten Theorie Montesquieu's festgehalten, dagegen die ursprüngliche Forderung der Wahl der Richter durch das Volk ebenso abgelehnt wie die Forderung, daß die Gerichte für den Einzelfall erst zusammentreten sollen. (Vergl. Montesquieu, a. a. O., 11, VI.)

[10]) Vergl. A. 8 AGzGVG. und FGG. §§ 35, 65, 69, 72, 125, 167 usw.

[11]) Dazu treten die EG. zur ZPO. § 2 und zur Str.P.O. § 3. Das bayerische Landesrecht, insbesondere das VGG. ändert hieran nichts. Vergl. A. 13, 1 VGG. Die Grenzen werden hier rein negativ gezogen. Vergleiche auch Hauck, a. a. O., Seite 15.

Daß die Gerichte Staatsgerichte sind (GVG. 15) ist bereits in Bayern erreicht gewesen[12]) und es ist § 15, II daher mehr sichernder, als umwälzender Natur für Bayern gewesen.

Die Gerichte entscheiden über die Zulässigkeit des Rechtsweges. (17 GVG.) Dies ist ja letzten Endes doch auch materiell Rechtsprechung und daher ganz richtig den Gerichten überwiesen. Doch verstößt auch § 17/II nicht gegen das Prinzip der reinlichen Trennung der Funktionen. Denn auch die Entscheidung durch einen besonderen Kompetenzgerichtshof geschieht ja durch ein „Gericht". Bayern hat diese Materie neu geordnet im Gesetz vom 18. August 1879. Darnach besteht ein besonderes Gericht, das in der Besetzung von 7 Mitgliedern, wovon 4, mit Einschluß des Vorsitzenden, Räte vom obersten Landesgericht, 3 Räte vom Verwaltungsgerichtshof oder des Landesversicherungsamtes sind, entscheidet. Auch das Verfahren ist gesetzlich niedergelegt und gerichtsähnlich gestaltet.

3c.) Nach den bisher geschilderten Grundsätzen könnte man denken, alle Gerichtsbarkeit werde allein von Gerichten besorgt und es könnten jedenfalls Verwaltungsbehörden und Legislativorgane keine streitentscheidende Tätigkeit üben. Allein dies ist rechtlich doch nicht gesichert. Zwar ist dem Gesetzgeber keine Rechtsprechung übertragen worden außer der Prüfung der Legitimation und Wahl seiner Mitglieder, d. h. der L. T. bzw. die erste Kammer prüfen und entscheiden ob jemand gültig gewählt ist, ob er die Abgeordneteneigenschaft nicht verloren hat usw. Wohl aber läßt auch das Reichsrecht zu, daß „jede andere Gerichtsbarkeit", (nämlich außer der ordentlichen streitigen), nach Maßgabe des Landesrechtes den betreffenden Landesbehörden, die darnach zuständig sind, übertragen werde. So hatten z. B. unter anderem die Zollbehörden in ausgedehntem Umfang das Recht, Strafverfügungen zu verhängen, nach Maßgabe des RStPO. §§ 419 ff. in Verbindung mit Art. 85 ff. AG. z. StPO. und der „Anweisung zur Behandlung der Zoll- und Aufschlagsstrafsachen im Verwaltungswege" vom 2. Oktober 1879. Immerhin wurde diese Durchbrechung des Montesquieu'schen Grundprinzips abgeschwächt und gemildert durch die offengehaltene Möglichkeit, die Sache noch vor den Richter zu ziehen. (§ 419, II StPO/AGO. AG. z. StPO.) Doch kann umgekehrt den Gerichten keine andere Verwaltung, als die Justizverwaltung zukommen (§ 4 EG. z. GVG.). Daraus ist zu ersehen, daß der Grundsatz der Trennung der Justiz und Verwaltung nur nach der einen Seite hin — Trennung der Justiz von jeglicher Verwaltung — normiert wurde, daß dagegen, wenigstens reichsrechtlich, in bestimmtem Umfang die Verwaltung noch gewisse Arten von besonderer Gerichts-

[12]) Auf einzelne Besonderheiten der Entwicklung kann nicht eingegangen werden. So ist z. B. die fürstl. Turn und Taxis'sche Gerichtsbarkeit noch besonders gesetzlich geregelt worden.

barkeit pflegen kann. Dem steht auch in Bayern[13]) landesrechtlich nichts im Wege. Vielmehr ist auch hier gerade die Verwaltungsgerichtsbarkeit, um die es sich praktisch vor allem handelt, teilweise den Verwaltungsbehörden belassen.[14])[15]) Das für Preußen einschlägige Beispiel der polizeilichen Strafverfügung, erlassen also durch Verwaltungsbehörden, gemäß § 413, I StPO. in Verbindung mit 13, II GVG., ist für Bayern nicht einschlägig. Hier ist die Aburteilung polizeilicher Uebertretungen auch den ordentlichen Gerichten überlassen. Man sieht, in diesem Punkte ist in Bayern die Funktionenteilung reiner durchgeführt wie in Preußen.

Das neugeschaffene Reichsrecht trägt also in der Hauptsache die Montesquieu'schen Gedanken bereits in sich, wenn auch noch nicht nach jeder Richtung hin die Durchführung absolut geschehen ist.

4a.) Bei der 3. Staatsfunktion änderte sich in den Behördenorganisationen der unteren Instanzen im Hinblick auf unsere Probleme nichts Grundsätzliches. Es traten zwar vielfache Aenderungen nach der örtlichen Einteilung und Gruppierung hin auf, sowohl bei Bezirksämtern wie Kreisregierungen. Sogar bei den Ministerien war dies der Fall. Die grundlegende Gestaltung nach Wesen und Prinzip blieb aber noch die gleiche.

4b.) Dagegen hat die Stellung des Staatsrates eine grundlegende Aenderung neuerdings erfahren.[16]) Dies geschah durch die Einrichtung von Verwaltungsgerichten und besonders des V.G.H.[16]a) Damit war seine „streitentscheidende" Tätigkeit in Verwaltungssachen und zugleich seine Haupttätigkeit überhaupt beendet. Gerade die allmähliche Kaltstellung des Staatsrates ist ein Gradmesser für die fortschreitende Ein- und Durchführung der konstitutionellen und rechtsstaatlichen Gedanken. Zufolge der völligen Neuordnung der Rekurse war eine Neuformation des Staatsrates erforderlich, welche durch eine Verordnung vom 7. 8. 1879 auch erfolgte.

Den nunmehrigen kleineren Geschäftskreis regelt deren II. Titel, § 7 A und B. Neben rein beratenden Funktionen hat außerdem der Staatsrat nur noch zu „entscheiden"[17]) über Verfassungs-

---

[13]) Kleine Besonderheiten seien übergangen.

[14]) Die Militärgerichtsbarkeit ist nunmehr auch durch Gesetze vom Jahre 1869 und später durch Reichsgesetze aus den Jahren 1872 und 1898 geordnet. Die früher nicht ganz unbestrittene Auffassung, der König könnte sie durch Verordnung regeln, ist damit aufgegeben und sicher dem Willen der Verfassung dadurch Rechnung getragen.

[15]) Die Verwaltungsgerichte werden weiter unten besprochen, da sie ja noch zur Verwaltung im formellen Sinn gehören.

[16]) Der erste große Schlag war das Kompetenzkonfliktsgesetz von 1850. Vergleiche dazu die trefflichen Ausführungen Hauck's, § 5 A u. B, Seite 13 ff.

[16]a) V.G.H. = Verwaltungsgerichtshof.

[17]) Auch diese Entscheidungen sind keine echten Entscheidungen, sondern Entscheidungsentwürfe, die der König erst durch seine Genehmigung (oder Sanktion) zu „Entscheidungen" im eigentlichen Sinne macht. Dies erhellt aus III. Titel § 13.

beschwerden und Rekurse gegen disziplinäre Verfügungen. (Auf Besonderheiten für die Pfalz kann hier nicht eingegangen werden.) So waren in dieser Richtung nur noch kleine Abweichungen vom Montesquieu'schen Prinzip stehen geblieben. Allerdings sind noch nicht alle Verwaltungsstreitigkeiten damit den Verwaltungsbehörden entzogen und den Verwaltungsgerichten übertragen. Vielmehr geschah dies nur hinsichtlich der einzeln im Gesetz aufgeführten Anzahl von Angelegenheiten. [17a])

4c.) Damit kommen wir zur allerbedeutsamsten Veränderung auf dem Gebiete der Verwaltung in jener Epoche, zur Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, zur Errichtung der Verwaltungsgerichte, [18]) insbesondere des Verwaltungsgerichtshofes (V. G. H.)

Das maßgebende Gesetz ist das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 8. August 1878, zu dem eine Verordnung vom 30. 8. 1879 und Vollzugsvorschriften [19]) vom 1. 9. 1879 hinzutreten.

Man kann wohl sagen, daß in Bayern speziell der Gedanke der Verwaltungsrechtspflege nicht ganz jung mehr war, ja, daß sogar geraume Zeit vorher ihm schon im gewissen Sinn, wenn auch noch nicht auf die richtige Art und Weise, Rechnung getragen worden ist. Dies zeigt sich bereits in der durch die Verordnung von 1825 (darüber siehe oben) erfolgten Regelung des Geschäftskreises des Staatsrates. Nach seiner ganzen Ausgestaltung war er damals schon eine Art „oberster Instanz" in kontentiös-administrativen Sachen. Wenn auch natürlich noch kein (Verwaltungs-) Gericht [20]) nach seiner Organisation und der Stellung seiner Mitglieder, hatte er doch immerhin auch als Verwaltungsstelle eine ganz besondere und einzig ihm zukommende Stellung. Der Staatsrat wirkte ja, wie wir wissen, in ganz bestimmten Fällen entweder beratend oder entscheidend auf den Gang der aktiven Verwaltungsbehörden ein und stand im übrigen unmittelbar, getrennt von den übrigen zentralen Stellen, unter dem Fürsten. [21])

4d.) Allein damit hatte man dem Kardinalpunkt der ganzen Angelegenheit noch nicht Rechnung getragen. Bisher waren die zur Entscheidung in Verwaltungssachen tätigen Behörden nicht gerichtsähnlich organisiert. Ihre Inhaber genossen weder sachliche noch persönliche Unabhängigkeit. Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens fehlten. Zudem gingen die Beschwerden an eben die Be-

---

[17a]) Darüber gleich unten.

[18]) Auch die Forderung nach Einführung von Verwaltungsgerichten ging, wie die Gewaltenteilungslehre, von Frankreich aus. Vergl. Kahr, a. a. O., S. 15; Krais, a. a. O., S. 17; W. Jellinek, Verwaltungsrecht; v. Stengel in den Annalen des Deutschen Reiches von 1875, S. 1313 ff.

[19]) Vergl. dazu A. 16, III VGG.

[20]) Vergl. dazu den Vortrag von Dr. Brater im Beilagenband IV der Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1866—68; Lindner-Hauck, Der Verwaltungsgerichtsprozeß, Seite 2 ff.

[21]) Vergl. auch Blätter für administrative Praxis VII Nr. 1, Seite 1 ff.

hörden, die die Anweisungen und Instruktionen, Ausführungsbestimmungen und dergleichen erlassen hatten, nach welchen die unteren Instanzen verfahren mußten. Die oberen Behörden wie die unteren entschieden daher gleichsam in eigener Sache und gingen bei allen Ueberlegungen von dem einen stets wiederkehrenden Angelpunkt des öffentlichen Interesses, des Staatsinteresses aus. Man übersah also, daß hier der Verwaltungsbeamte tatsächlich noch grundverschiedene und einander wesensfremde Staatstätigkeiten, nämlich Verwaltung und Rechtspflege ausübte.[22]) Die Forderung der Zeit begehrte aber sowohl vom Standpunkt der Rechtsstaatsidee, wie von dem der konstitutionellen Montesquieu'schen Lehre aus, die Trennung dieser Tätigkeiten und ihre Uebertragung auf verschiedene Behördengruppen,[23]) wenigstens in letzter Instanz. Trennung also der Verwaltung auch von der Verwaltungsrechtspflege, nicht nur der Justiz![24]) In diesem Punkte treffen sich beide Theorien und von hier aus laufen sie ein Stück den gleichen Weg.

4e.) Diese grundlegende Neuordnung der Dinge brachten die oben genannten Gesetze. Dadurch wurden wenigstens diejenigen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, die das Gesetz ausdrücklich aufführt, gemäß dem Enumerationsprinzip aus dem reinen Verwaltungsverfahren herausgehoben und der Entscheidung durch gerichtsähnliche Behörden unterstellt.[25]) Es blieb damit allerdings noch immer in den unteren und mittleren Instanzen die Identität von Verwaltungsrichtern und Verwaltungsbeamten bestehen.[26]) Mehr aus Zweckmäßigkeitsgründen führte man das „Enumerationsprinzip" in Bayern ein, nicht, wie z. B. in Oesterreich oder teilweise auch in Preußen, das Generalisierungsprinzip. Sollte das Ziel einer unabhängigen und unbeeinflußbaren Rechtsprechung erreicht werden, so mußten auch die Verwaltungsbehörden in der Sachentscheidung

---

[22]) Vergl. Hauck, Seite 14 ff. Daß dies materiell betrachtet Rechtspflege ist, sagte ja auch schon die Frankfurter Reichsverfassung § 182; die allerdings noch für die Zuständigkeitserweiterung der ordentl. Gerichte plädiert.

[23]) Für die montesquieusche Lehre spielt die Streitfrage, ob Uebertragung an die ordentlichen Gerichte, oder auf besondere Verwaltungsgerichte, keine Rolle. Vergl. hierzu Hauck, Seite 10 ff.

[24]) Es sei hier gleich zur Erklärung betont, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit formell zur Verwaltung gerechnet wurde und noch immer wird. Es erklärt sich dies aus der ganzen geschichtlichen Entwicklung, ist aber rein *sachlich* betrachtet nicht gerechtfertigt. Vergl. auch A. 5 VGG.

[25]) Wie bereits vorne betont, handelt es sich hier nicht um eine positive Abgrenzung gegenüber der Zivilgerichtsbarkeit, sondern nur um eine Abgrenzung gegenüber der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden. Es muß also zunächst feststehen, daß ein Rechtsstreit vorliegt, der nicht vor die ordentlichen Gerichte gehört (A. 13, 1 VGG.) und dann erst ist zu fragen, ob die Verwaltungsgerichte zu entscheiden haben oder nur die Verwaltungsbehörden in Tätigkeit treten!

[26]) Vergl. Kahr, a. a. O., Vorbem. zu A. 7—15 und Seydel, I., Seite 577 ff.

wenigstens unabhängig sein und außerdem die letzte Instanz vollkommene richterliche, also auch persönliche Unabhängigkeit besitzen. Denn nur dann war die Möglichkeit gegeben, daß diese Instanz die Fehler in der Organisation der Unterinstanzen einigermaßen korrigieren könnte und so eine höhere Sicherung bezüglich einer richtigen und einheitlichen Rechtsprechung erreicht würde. Es ist dies ja immer noch nicht die gänzliche Trennung von Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege, wie sie nach den früher entwickelten Grundsätzen eigentlich durchzuführen gewesen wäre, doch immerhin eine weitgehende Verwirklichung derselben. Diese höchste Instanz ist der VGH.,[27]) der nur Rechtsprechung in Verwaltungsrechtssachen und einigen ähnlichen Fällen zur Aufgabe hat und dessen Mitglieder die vollen richterlichen Rechte und Pflichten haben (Art. 2 VGG.).

4f.) Dazu tritt, daß für alle Instanzen ein besonderes Verfahren in Verwaltungsrechtssachen, mehr oder weniger gerichtsähnlich gebildet, in Wirkung tritt. Jedenfalls ist die Behandlungsweise eine andere als bei reinen Verwaltungssachen.[28]) Auch ist die sachliche Unabhängigkeit aller Instanzen bereits erreicht (das ergibt sich aus § 71 VU., Art. 16 ff. und Art. 45, I, III VGG., Umkehrschluß), dagegen nicht die persönliche, mit Ausnahme der Mitglieder des VGH. Dies ist auch durch den Umsturz 1918/19 nicht geändert worden, ebensowenig wie das Enumerationsprinzip durch das Generalisierungsprinzip ersetzt wurde. Dieser Mangel macht sich besonders auf dem Gebiet der Polizei bemerkbar. Deren Anordnungen und Verfügungen sind noch nicht der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterworfen. Man sieht, es sind noch immer erstrebenswerte Ziele zu erreichen.

4g.) Um den Ring zu schließen, mag noch erwähnt sein, daß jetzt an Stelle der bisherigen Regelung der Kompetenzkonflikte zwischen Verwaltung und Justiz ein diesbezügliches Gesetz vom 18. August 1879 trat. Nunmehr erfolgte die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden[29]) über die „Zulässigkeit des Rechtsweges“[30]) in der Regel durch die ordentlichen Gerichte, außerdem durch einen eigenen Gerichtshof für Kompetenzkonflikte. Natürlich bleibt durch diese letztere landesrechtliche Bestimmung das in dieser Richtung vorliegende Reichsrecht unberührt. Der einschlägige § 17 GVG. gibt den Ländern erst die Möglichkeit, zugleich aber auch die Grenze, für ihre besondere nähere Regelung.

---

[27]) Doch entscheidet der VGH. nur über Rechtsfragen, nicht über Angelegenheit des freien Ermessens; aber auch für bürgerliche Streitigkeiten ist er nicht zuständig. A. 13 VGG.

[28]) Vergl. dazu VGG. A. 2, 8 ff.; A. 16 ff.; A. 53; A. 27 ff.

[29]) Verwaltungsbehörden im formellen Sinn, sodaß die Verwaltungsgerichte und auch der VGH. darunter fallen. An sich ein glatter Verstoß gegen das montesquieusche Prinzip! Vergl. auch A. 5 VGG.

[30]) Das will heißen des Rechtsweges vor den ordentlichen Gerichten im Sinne des GVG.

Bayern hat durch das genannte Gesetz auf der Grundlage der reichsrechtlichen Prinzipien ein besonderes Gericht (Art. 2, Art. 3 ff.) zur Entscheidung solcher Konflikte vorgesehen und das Verfahren näher geregelt. Ganz mit Recht erfolgt diese Entscheidung durch ein Gericht, denn materiell bedeutet sie einen Akt der Rechtsprechung. Entscheidungsgrundlage ist besonders § 13 GVG. und die rechtliche Natur des vom Kläger auf Grund vorgebrachter Tatsachen[31]) behauptete Rechtsverhältnis.

Davon zu unterscheiden ist der noch besonders geregelte Kompetenzkonflikt zwischen Verwaltungsbehörden und -Gerichten, insbesondere dem VGH. § 17 GVG. ist hier nicht anwendbar, denn die Verwaltungsgerichte sind keine „ordentlichen Gerichte“ im Sinne des GVG. Es handelt sich also materiell betrachtet um die gleiche Frage wie oben, nämlich um die Trennung von Rechtsprechung und Verwaltung und die Zuweisung einer bestimmten Aufgabe an eine dieser beiden Gruppen. Dieser „unechte“ Kompetenzkonflikt,[32]) wie man ihn nennen könnte, hat seine Regelung im VGG. gefunden und zwar ganz den rechtsstaatlichen Anschauungen entsprechend. Denn diese Rechtsprechung ist nach Art. 50 VGG. einem besonderen Senat VGG. übertragen, also in der Tat einem echten Gericht, dessen formelle Zugehörigkeit zur Verwaltung daran nichts ändert. Grundsätzlich, solange und wenn der Konflikt nicht erhoben ist, entscheidet der VGH. über seine eventuelle Zuständigkeit in einer anhängigen Sache selbst[33]) (Art. 50 VGG.). Auch ist dies wohl mit den enwickelten Prinzipien verträglich.

## II. Die Zeit nach 1900.

5.) Damit sind wir an der Schwelle des 20. Jahrhunderts und dem Weltkrieg angelangt. Nachzutragen ist hier nur noch Weniges.

5a.) Auf dem Gebiet der Legislative wurde 1906 endlich auch die 1881 nicht verwirklichte Hoffnung der direkten Wahl der Abgeordneten zum Landtag Gesetz. Das neue Landtagswahlgesetz vom 9. April 1906 brachte die direkte, unmittelbare Wahl der Abgeordneten durch ihre Urwähler. So ist dieses Gesetz demnach, trotzdem es das Wahlalter auf 25 Jahre hinaufsetzte — (dem Reichsrecht zuliebe) — und eine bestimmte Zeit der Ansässigkeit verlangte, doch mehr dem Geiste Montesquieu's entsprechend.[33a])

---

[31]) Die behaupteten Tatsachen müssen ein öffentlich-rechtliches, nicht ein bürgerlich-rechtliches, privatrechtliches Rechtsverhältnis ersehen lassen.

[32]) Unecht auch deshalb, weil er nur innerhalb der Verwaltung, wenn auch der formellen, sich abspielt.

[33]) Man könnte in Anlehnung an § 17 GVG. sagen, nur der Verwaltungsgerichtshof entscheidet über die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges (mindestens in letzter Instanz).

[33a]) Vergl. T. II, § 7 B., Ziffer 9.

5b.) In der Verwaltung sind auch noch einige Wandlungen eingetreten. Wir erinnern uns, daß unter den nach 1879 dem Staatsrat verbliebenen Zuständigkeiten auch die für die Verbescheidung von Rekursen gegen Disziplinarverfügungen war. Seit 1908/09, welches Jahr das Beamtengesetz brachte, ist auch dieser Gegenstand der Zuständigkeit des Staatsrates entrückt und einem echten Gerichte übertragen worden. Es entscheiden in Disziplinarangelegenheiten in 1. Instanz die Disziplinarkammern und in 2. und letzter Instanz der Disziplinarhof. Für richterliche Beamte sind überdies noch besondere „Kammern für richterliche Beamte" an jedem Oberlandesgerichte gebildet.[34]) Diese Gerichte sind bei nichtrichterlichen Beamten zwar nicht durchwegs mit Richtern besetzt, aber doch so, daß stets die richterlichen Mitglieder überwiegen. (Art. 121 BG.). Diese Regelung und die Uebertragung dieses Aufgabenkreises auf „Gerichte" entspricht voll und ganz dem Gewaltenteilungsgrundsatz. Denn auch hier liegt offenbar materielle Rechtsprechung vor, die ordnungsgemäß Gerichten zugewiesen gehört, wie es tatsächlich auch geschehen ist.

5c.) Schließlich ist noch zu erwähnen, daß unterm 25. 1. 01 eine neue Vollzugsvorschrift zum VGG. erging, die aber keine für uns besonders wichtigen Aenderungen brachte, vielmehr nur die Erfahrungen der ersten Jahrzehnte verwerten wollte.

5d.) So änderte sich innerhalb eines Jahrhunderts in Bayern, wenn wir die ganze Entwicklung überschauen, eigentlich nach und nach Stück für Stück der Staatsverfassung. Es ist eine Zeit steter und organischer Gesetzesentwicklung, eine Zeit ruhigen und natürlichen Werdens gewesen. Lang und heiß mußte jeder Fortschritt errungen werden, aber wenngleich es ein wenig länger dauerte als anderswo in deutschen Landen, es ist darum nicht weniger der Geist der neuzeitlichen Staatsauffassung und der neuen Staatsrechtsphilosophie in Bayern eingezogen.

## § 6.

## Das geltende bayerische Verfassungsrecht im Spiegel der deutschen konstitutionellen Theorie.

I. Ehe wir uns der Betrachtung des geltenden bayerischen Verfassungsrechtes zuwenden, sei ein Wort über die Wandlung der Anschauung über den Staat und sein Recht im allgemeinen gesagt.

1a.) Wie schon eingangs betont wurde: Verstehen kann man die Entwicklung einer großen geistigen Idee, wie es die Montesquieu's ist, die ihren Einfluß über Jahrhunderte hinweg noch heute

---

[34]) Vergl. auch das schon am 26. 3. 1881 ergangene Disziplinargesetz für richterliche Beamte, das am 5. 12. 08 neu bekanntgemacht worden ist. Hier urteilen naturgemäß nur Richter über die betreffenden Fälle. (A. 15 Disz.-Ges.).

fast auf den ganzen Erdball erstreckt, nur dann, wenn man sich stets vor Augen hält, daß nicht eine Theorie das Leben eines ganzen Volkes auf die Dauer in seinen Bann schlagen kann, sondern nur dann ein solcher Einfluß ständig ist und vielleicht Geschlechter überdauert, wenn dieser Gedanke in die gesamte Ideenwelt, in die ganze Weltanschauung der lebenden Generation eingedrungen und sie ein innig verwobener Bestandteil derselben geworden ist.

1b.) Daß Krieg und Not, Revolution und furchtbarste seelische und wirtschaftliche Bedrückung und Ausbeutung unseres Volkes auf sein ganzes Tun und Lassen, auf sein ganzes Denken zu tiefst einwirken mußten und einwirkten, ist offenbar und zweifellos. Es brachten denn auch der Krieg und seine Folgezeit ganz neuartige Ansichten über den Staat, sein Recht und seine Aufgaben. Hatte man während des 19. Jahrhunderts, als dem Zeitalter des Individualismus bis zum Extrem das Einzelglied eines Volkes, den einzelnen Menschen und Bürger in seiner Stellung zu stärken versucht, seine Rechte möglichst unverletzlich geschützt, ihn als Einzelnen höher oder doch ebenso hoch gestellt, wie den Staat als Ganzes, so dringt jetzt mehr und mehr die Auffassung vor, daß der Einzelmensch, bei all seiner Eigenart und Selbständigkeit doch nichts weiter ist, als ein Glied, ein Bruchstück des ganzen Volkes, ein Rädlein im gewaltigen Getriebe der Staatsmaschine, das zwar für sich allein läuft, aber eben nur dann, wenn die ganze Maschine in Bewegung ist. Jetzt ist die Parole: Stärkung der Staatsmacht, Zurückdämmung des Individualismus zu Gunsten des Volkes und des Staatswohles, jetzt erinnert man sich, daß zwar jeder Bürger Rechte besitzt, daß er aber auch positive Pflichten dem Staat gegenüber hat und seine Rechte stets dort enden, wo sie mit dem höheren Interesse der Gesamtheit auch nur irgendwie in Berührung kommen.

1c.) Man kann wohl sagen, daß die heutige Staatsentwicklung von einem starken Zustreben auf den Polizeistaat geleitet ist. Zwar wird niemand behaupten wollen, daß sich jene Phase der Staatsentwicklung des 17. und 18. Jahrhunderts direkt wiederholen würde, aber ein Vergleich mit dem Polizeistaat des 18. Jahrhunderts ist nicht glatt von der Hand zu weisen. Spricht man von jenem als dem patriarchalisch gedachten, privatrechtlich ausgerichteten Polizeistaat, so kann man schlagwortartig die neuere Entwicklung als eine Entwicklung zum „staatlichen", zum völkischen Polizeistaat hin bezeichnen. Nicht mehr zu Gunsten eines Fürsten und seiner dynastischen Pläne und Aussichten, auch nicht zu Gunsten der Glückseligkeit der Bürger als Einzelindividuen, für die das Haupt des Staates Gott verantwortlich wäre, werden mehr und mehr Rechte vom Staat an sich gezogen, sondern um des Glückes und der Wohlfahrt des Staates als Ganzem, um der Erhaltung seiner Machtstellung, um des Wachsens und Werdens des Volkes

als eines großen Organismus willen, muß der Einzelne sich eine Beschneidung und Beraubung seiner Rechte gefallen lassen.

2a.) Diese neuartige Staatsauffassung, die auf allen Lebensgebieten einen bedeutenden Wandel der Dinge immer mehr bewirken wird, großenteils ihn sogar schon hervorgebracht hat, wirkte sich auch in vielen Gesetzen und Verordnungen der neueren Zeit aus. Man denke nur an die Verordnungen, die während der Kriegszeit im Hinblick auf die Zwangswirtschaft und in der schwierigen Nachkriegszeit ergingen und in denen oft, trotz rücksichtsloser Eingriffe in die Privatrechtssphäre, der Rechtsweg ausgeschlossen, der Schutz der Gerichte entzogen war.

Auch an manchen Stellen der Reichsverfassung, z. B. A. 153, R.V.; A. 163, I R.V. u. a. treten diese Gedanken in Erscheinung. Da also die ganze Staatsauffassung sich geändert hat, das Staatsideal unserer Zeit ein anderes geworden ist, so ist die Frage, ob die neue Zeit aus der alten das Fundament, das altliberale Gedankengut, mitübernommen hat. Diese Frage ist um so mehr berechtigt, als durch die Revolution die Staatsorganisation bis auf ihre Grundmauern niedergerissen worden ist, wenngleich der Staat als solcher bestehen blieb.

3a.) Wie bei Betrachtung der Verfassungsurkunde von 1818, so müssen wir auch hier den Angelpunkt der ganzen Verfassung suchen, auf den sich dann organisch die anderen Bestimmungen der Verfassung aufbauen.

Das monarchische Prinzip ist nicht mehr, es fiel mit der alten Staatsform dahin. An seine Stelle trat aber ein neues, nämlich das demokratische Prinzip. [1]) Die Herrschaft und die Machtstellung des Volkes ist ein wesentliches Moment im Staatsbau geworden. Nicht mehr ist der Monarch der Inhaber der ganzen, allumfassenden, unteilbaren Staatsgewalt, sondern das Volk. Dies will § 2 V.U. sagen, wenn es dort heißt: „Die Staatsgewalt geht von der Gesamtheit des Volkes aus". [2]).

Allein das Volk in der Vielheit seiner Mitglieder, auch nicht als Staatsbürgerschaft, der engeren Zusammenfassung der politisch berechtigten Bürger, übt in der Regel seine Gewalt nicht selbst aus; dies ist nur der Fall, soweit die V.U. es ausdrücklich bestimmt. Vielmehr ist eigentlicher Vollstrecker des Volkswillens der Landtag,

---

[1]) Vgl. Landtagsverhandlungen 1919, Beilagenband 2, Nr. 324, Seite 84 (Rede Ackermann) und Seite 108—112. Vergl. auch A. I, II RV. und die Anmerkg. bei v. Jan zu § 2, 1—4; Kratzer und Piloty, Anmerkg. zu § 2.

Allerdings hängt die tatsächliche Bedeutung dieser Bestimmung im wesentlichen von den übrigen positiven Normen der Verfassung ab. Denn nur insoweit die Verfassung ausdrücklich dem Volke Befugnisse verleiht, kann dieses solche ausüben. Vergl. Nawiasky, S. 46, Nr. 3.

[2]) Gemeint ist hier das ganze Volk. Vgl. v. Jan, § 2, A. 2.

den das Volk immer auf 4 Jahre zu wählen hat.[3]) Für den Landtag spricht denn auch die Vermutung der Zuständigkeit hinsichtlich der Ausübung aller Rechte der Staatsgewalt. Halten wir also § 2 und § 3 V.U. zusammen und beachten wir, daß Volk[4]) und Landtag gewissermaßen eine einzige einheitliche Staatsorgangruppe zu bilden scheinen, — denn der Landtag ist ja gleichsam ein Kind des Volkes, wenn auch eines, das sofort mit der Geburt großjährig ist und seine Mutter lenkt und beherrscht[5]), — dann haben wir die dem T. II § 1 der Verfassungsurkunde von 1818 entsprechende Norm und damit den Zentralpunkt der V.U. gefunden. Es hat also nur der Träger gewechselt für die „Rechte der Staatsgewalt", das „Prinzip" in seiner technischen Funktion ist seinem Wesen nach das gleiche geblieben: Die Rechte stehen auch jetzt wieder alle einem Organe des Staates zu, das mindestens ebenso unverantwortlich und unverletzlich ist wie einst der Monarch.

Der Landtag entspricht allerdings in seiner heutigen Gestalt nicht mehr dem ursprünglich von Montesquieu gedachten. Inzwischen ist das Einkammersystem an Stelle des bisherigen Zweikammersystems getreten. Destomehr aber verdient der Landtag den Namen „Volks"-Vertretung; denn er baut sich auf direkter, gleicher, geheimer und unmittelbarer Wahl nach dem Grundsatz der Verhältniswahl auf. (A. 17 R.V. §§ 26, 27 V.U.). Der Wegfall der 1. Kammer ist zwar von einschneidender Bedeutung für die ganze Staatsgestaltung und Staatsentwicklung gewesen, aber er besagt allein noch gar nichts über die Frage der Gewaltenteilung. Ebensowenig bedeutet es, wenn die völlige Selbstverwaltung hinsichtlich der Geschäftsordnung, der Berufung und Auflösung des Landtags garantiert ist. Vielmehr gilt es hiefür die Bestimmungen der V.U. zu prüfen, die gemäß § 3 V.U. dem Landtag die Ausübung von Rechten der Staatsgewalt, also von Staatsfunktionen belassen oder nehmen. Erst daraus ersehen wir, ob die materielle Scheidung der Staatsfunktionen auch in die Organisation übersetzt ist.[6])

3b.) Die Frage ist daher zunächst: Geht nicht bereits aus dem Aufbau und der Einteilung der V.U. etwas in Bezug auf

---

[3]) Vergl. Landtagsverhandlungen 1919, Stenographische Berichte, S. 350 (Rede Ackermann).

[4]) Hier und im folgenden ist unter „Volk" die Staatsbürgerschaft verstanden!

[5]) Vergl. in der bayer. Gemeindezeitung 1926, S. 421 den Aufsatz Hch. v. Jans: „Landtag und Staatsregierung": „Die Staatsbürgerschaft als Staatsorgan steht sogar über dem Landtag, jedenfalls nirgends unter der Aufsicht des Landtags".

[6]) Eine Teilung der einheitlichen Staatsgewalt ist nicht vorgesehen, wohl aber eine wohlabgewogene Verteilung der Anteilnahme an der Ausübung derselben. (Vergl. Jahrbuch des öffentlichen Rechts 1920, S. 151, Aufsatz von Robert Piloty.)

unser Problem hervor? Dies ist wohl zu verneinen, wenngleich Abschnitte über Staatsverwaltung und Gesetzgebung vorhanden sind.[7]) Auch daraus, daß in § 69, II der Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung niedergelegt ist, geht allein noch nichts Bestimmtes hervor. Es muß die tatsächliche Regelung der Verhältnisse diesem Grundsatz entsprechen, soll er nicht nur ein blutloser Programmsatz sein.

4a.) Wir müssen deshalb im Folgenden prüfen, wem die Ausübung der Gesetzgebung zusteht, ob alle Gesetzgebung durch die betreffenden Organe erledigt wird und ob diese keine materiell anderen Staatsfunktionen — soweit diese nicht durch die fortentwikkelte konstitutionelle Theorie ausdrücklich zugewiesen sind — besorgen.

Wenn die Verfassung darüber gar nichts weiter bestimmen würde, so käme die Gesetzgebung mit Einschluß der Verfassungsgesetzgebung allein dem Landtag zu (§ 3, 1). Dies entspricht auch der positiven Regelung. § 44 der Verfassungsurkunde sagt ausdrücklich: „Der Landtag hat das Recht der Gesetzgebung und übt es nach den Bestimmungen der Verfassung aus“.[8]);[9]) Er übt es also nur nach den Bestimmungen der Verfassung aus; soweit diese die Gesetzgebung auch noch anderen Staatsorganen überträgt, hat sie eben der Landtag nicht allein. Tatsächlich hat auch das Volk unmittelbar das Recht zur Gesetzgebung in Form der Volksentscheidung und des Volksbegehrens, das allerdings gegenständlich wiederum nach Maßgabe der §§ 10, I, 77, I VU. beschränkt ist.[10]) Sonst aber hat

[7]) Daraus könnte man höchstens die Folgerung ziehen, daß der Verfassungsgesetzgeber die 3 materiellen Funktionen zu unterscheiden wußte.

[8]) „Hat“ ist ein ungenauer Ausdruck. Der Landtag hat das Recht „zur Ausübung“. Denn § 2 besagt ausdrücklich, daß die gesamte Staatsgewalt — (und dazu gehört natürlich auch das „Recht der Gesetzgebung“) — vom Volke ausgehe; § 3 spricht auch ganz folgerichtig nur von der „Ausübung aller Rechte“. Es ist dies ja im wesentlichen nur eine Verschiedenheit des Ausdruckes. Aber wie bereits früher ausgeführt, wird der feine Unterschied zwischen Innehabung und Ausübung eines Rechtes zur rechtlichen Konstruktion noch immer verwendet. Zeigt er doch, daß das „demokratische Prinzip“, wie sein Vorgänger das monarchische, gewahrt bleibt, also beim Volk alle Rechte der Staatsgewalt liegen.

[9]) Der Einfluß der Reichsgesetzgebung, überhaupt der RV. in dieser Hinsicht, bleibe hier unbeachtet. Er spielt für uns, für die Frage der Gewaltenteilung, keine Rolle.

[10]) Zwar liegt jeder Volksentscheidung ein Landtagsbeschluß zugrunde. Daß durch die Dringlichkeitserklärung Gesetze seitens des Landtags nach § 77 Ziffer 6 VU. der Volksentscheidung entzogen werden können, läßt das ganze Gesetzgebungsrecht des Volkes allerdings sehr fragwürdig erscheinen. (Vergl. Nawiasky, Seite 281 ff., Nr. 11 ff.). Außerdem ist es so verklausuliert, daß es praktisch nicht erfolgreich anzuwenden ist. (Vergleiche Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Band 77, Seite 822 ff., Aufsatz von Stier-Somlo: Die Lehre von der Gewaltenteilung und die neuen deutschen Verfassungen.)

niemand die Legislativgewalt im Staate.[11]) Da die Rechte des Landtags nicht übertragbar sind, auch ihrer Ausübung nach nicht, so kann tatsächlich heute durch einfaches Gesetz keine Verwaltungsbehörde, soweit die Verfassung nichts anderes bestimmt, auch nur das kleinste Verordnungsrecht durch Gesetz vorbehalten bekommen. Allerdings bezieht sich dies, dank des § 94 VU. nur auf neue, nicht aber auf aus der früheren Periode mitübernommene Verordnungsrechte, die noch fortbestehen.[11a]) Ob außerdem noch Verordnungsrechte bestehen und wem sie zukommen, sei später untersucht.

3c.) Die Gesetze kommen also entweder durch Volksentscheidung oder durch einfachen Beschluß (bzw. für Verfassungsgesetze durch qualifizierten Mehrheitsbeschluß nach § 92 VU.) des Landtags zustande. Irgendwelche Zustimmung des Ministeriums oder sonst einer Stelle der Exekutive ist nicht mehr erforderlich. Darin liegt zweifellos eine starke Abweichung vom bisherigen Zustand. Denn damit ist das Gesetzgebungsorgan der Einflußnahme der Exekutive entzogen und die von Montesquieu durch diese Art der Verteilung der Legislativgewalt herbeigeführte „Balance der Gewalten" beseitigt. Trotzdem ist die Freiheit der Bürger nicht gefährdet, da eben gerade die Staatsbürger selbst die Legislative, teils unmittelbar, teils mittelbar, ausüben. Immerhin bleibt aber das Bedenken, daß die Legislative nunmehr durch Abänderung der Verfassung ihren Zuständigkeitskreis auf Kosten der Exekutive und der Rechtsprechung im Rahmen der RV. unbegrenzt erweitern könnte. Man sieht, die allmählich sich schon während der konstitutionellen Monarchie herausgebildete Vorrangstellung der Legislative gegenüber der Exekutive und der Rechtsprechung ist jetzt im geltenden Recht noch ganz bedeutend verstärkt worden.

Eine Beschränkung des Gesetzgebers könnte sich nur noch durch eine entsprechende Fassung des Gesetzesbegriffes und zwar des formellen herleiten lassen. Er müßte so gefaßt werden, daß darnach gewisse Angelegenheiten nicht durch Gesetz geregelt werden könnten. Aber auch in dieser Richtung haben wir eher noch von einer Erweiterung des alten Gesetzesbegriffes zu reden. Denn § 74 VU. übernimmt den bereits nach der alten VU. bestehenden Begriff mit der Aenderung, daß jede Rechtsnorm, die auch nur *irgendwelche* Personen in

---

[11]) Daß noch andere Stellen das *Initiativrecht* für Gesetze haben, ändert daran nichts. Hier handelt es sich nur um die Möglichkeit Gesetze *wirklich zu beschließen*, nicht aber solche zum Beschluß erst einzubringen. Ebensowenig spielt hier die Uebertragung der Ausfertigung und Verkündung der beschlossenen Gesetze durch andere Organe eine Rolle. Denn diese Tätigkeit bedeutet keine Zustimmung oder Sanktion der Gesetze durch die betreffenden Stellen, wie sie früher seitens des Königs dadurch in Erscheinung trat. Es handelt sich nur um formelle, technische Maßnahmen. Geprüft werden nur die formellen und materiellen Erfordernisse der Gesetze, sind sie gegeben, so *müssen* sie verkündet werden.

[11a]) Vgl. v. Jan, Verfassungsurkunde Anm. 1 u. 4 zu § 94 VU.

ihrer Freiheit oder ihrem Vermögen berühren, nur als formelle Gesetze zustandekommen können. [12]) Praktisch muß also überhaupt jede Norm Gesetzesform haben. Ein Rechtsverordnungsrecht kann, abgesehen von den noch bestehenden alten (§ 94), nur noch dann bestehen, wenn die Verfassung oder ein verfassungsänderndes Gesetz es ausdrücklich einräumen. Jedenfalls, soviel sei hier bereits gesagt, gilt für Verordnungen, wenn solche überhaupt noch erlassen werden können, in Bayern ganz unzweideutig das Prinzip der Spezialdelegation Darüber aber später noch genauer.

4a.) Wir haben gesehen, daß dem Volk und dem Landtag die gesetzgebende Gewalt zusteht. Welche Tätigkeiten können sie noch besorgen?

4b.) Zunächst betrachten wir die Zuständigkeit des Volkes. Anteil an Verwaltung oder Rechtsprechung steht dem Volk (= Staatsbürgerschaft) nicht zu. [13]) Es hat außerdem nur noch das Recht den Landtag zu wählen und eventuell aufzulösen (§§ 26, 27, 30, V). Diese Zuständigkeiten sind für die Frage der Gewaltenteilung ohne Bedeutung, weil sie nur gegenüber dem zur g l e i c h e n Organgruppe, nämlich der Legislative, gehörigen Landtag von Einfluß sind. Weder Verwaltung noch Rechtsprechung sind dadurch berührt. Das Volk übt also tatsächlich nur e i n e materielle Staatsfunktion, nämlich die Gesetzgebung aus. [14])

4c.) Wenden wir uns dem Landtag zu. Welchen Zuständigkeitskreis weist er noch, außer der Beteiligung an der Legislative, auf?

Mit dem Gesetzgebungsrecht im Zusammenhang steht der Beschluß des Landtags über ein Volksbegehren nach § 76, III VU. Es ist dies der sachliche Beschluß über ein Volksbegehren, der nicht verwechselt werden darf mit dem später zu besprechenden formellen über die bloße Zulässigkeit eines Volksbegehrens nach § 76, I VU. Er bietet für uns nichts Besonderes, denn sofern der Landtag das betref-

[12]) Sog. „Einzelgesetze" sind also nicht ausgeschlossen. Falls aber der Landtag Gesetze beschlösse, die, wenn die Verwaltung die betreffenden Angelegenheiten regeln würde, Verwaltungsakte wären, liegt eigentlich ein Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip vor. Vergl. W. Jellinek, a. a. O., Seite 9. Die Streitfrage der rein formellen Gesetze, die hier auftaucht, wird von der herrschenden Lehre dahin beantwortet, daß diese Gesetze materiell betrachtet, keine Rechtsnormen sind, sondern Verwaltungsakte darstellen. Wenzel dagegen betrachtet diese ebenfalls als Rechtsnormen. Auch sie, selbst wenn sie nur „Urteilsnormen" enthalten, haben Rechtsinhalt, wenngleich sie erst zu eigentlichen Rechtsnormen durch Verbindung mit den „Handlungsnormen", die Imperative enthalten, werden. (Vergl. Wenzel, Jurist. Grundprobleme I, S. 32 ff. — 70; Nawiasky, a. a. O., S. 342 ff., Nr. 6; W. Jellinek, S. 8.)

[13]) Vergl. Nawiasky, S. 279, Nr. 7u.

[14]) Auf die Mitwirkung örtlich beschränkter Wahlkörper für Kreise und Bezirke kann hier nicht eingegangen werden. Sie haben auch für unsere Probleme keine wesentliche Bedeutung.

fende Volksbegehren annimmt, ist es entweder ein regelmäßiger Gesetzesbeschluß (oder ein Beschluß zur Auflösung des Landtags), §§ 10, Ziff. 3; 31 VU., lehnt er es ab oder verändert er es, so ist es ein Zwischenbeschluß, der nach außenhin gar keine, dem Volk gegenüber nur die Bedeutung hat, daß jetzt noch eine Volksentscheidung darüber herbeizuführen ist. Zur Gesetzgebungszuständigkeit i. w. S. gehört noch das Recht des Landtags durch Gesetz Amnestie für bestimmte Straftaten, über die die Landesgerichte als erste Instanz zu entscheiden haben, zu geben. Es erhebt sich die Frage, ob diese Amnestiegesetze eigentlich materiell „Gesetze" sind oder nicht (§§ 51, 69, VI VU.). v. Jan, Nawiasky und Anschütz sprechen sich für bloß formelle Gesetze aus, wobei wieder Streit darüber herrscht, ob man darin einen Verwaltungsakt erblicken kann [15]) (so Nawiasky und v. Jan) oder (wie Anschütz) einen solchen der Rechtspflege.

4d.) Dagegen hat größere Bedeutung für uns die Beteiligung des Landtages bei Organisation von Behörden (von Verwaltungsbehörden) [16]) und außerdem bei Staatsverträgen Bayerns im Rahmen des Artikels 78 RV. Man wird diese Tätigkeit schwerlich unter das durch Montesquieu eingeräumte Ueberwachungsrecht der Legislative über die Exekutive stellen können, wenngleich natürlich die Verantwortlichkeit der Minister sich auch darauf erstreckt und dadurch die Exekutive doch unter Kontrolle genommen wird. [17]) Zu prüfen ist vielmehr, ob hierin Akte der Gesetzgebung oder solche der Verwaltung liegen. Man wird sagen müssen, soweit es sich um Organisctionsverordnungen, die, materiell gesehen, weil sie unmittelbar in die Rechtssphäre der Bürger eingreifen, Rechtsverordnungen darstellen oder um solche Verordnungen, nach welchen für die Einrichtung der betreffenden Behörden budgetmäßige Ausgabenposten nötig sind, handelt, hat der Landtag Einfluß. Für Rechtsverordnungen ist ja gesetzliche Grundlage nötig [18]) (§ 61 Ziffer 7 VU.) und außerdem ist auch das Ministerium für die Einhaltung des Budgets dem Landtag verantwortlich. Bezüglich der Etatposten hat der Landtag schon sowieso ein Genehmigungsrecht, das weiter unten noch zu besprechen

---

[15]) Vergl. v. Jan zu § 51; Nawiasky, Seite 132; Anschütz, Anmerkg. 2 zu Art. 49. Darnach wäre eine Durchbrechung der reinlichen organisatorischen Scheidung der Gewalten jedenfalls gegeben. Wenzel dagegen würde zum entgegengesetzten Ergebnis kommen, da er alle Gesetze als solche mit Rechtsinhalt ausgestattet betrachtet.

[16]) Nicht aber für die Gerichte. (§ 5 V.U.).

[17]) Im allerweitesten Sinn natürlich kann man es darunter rechnen, sofern man verneint, daß darin eine Gesetzgebung liegt.

[18]) Der Erlaß solcher Rechtsverordnungen ist gleichsam eine Art Vollziehung oder Ausführung der Gesetze, die zum Erlaß solcher Verordnungen ermächtigen. Insoweit nämlich hat der Gesetzgeber die Exekutive berechtigt und verpflichtet, ein bestimmt abgegrenztes Gebiet der Gesetzgebung nach bestimmten Richtlinien durch Normen näher zu regeln. So ist es Vollziehung und doch zugleich materiell Rechtsetzung, wenn die Verwaltung solche Rechtsverordnungen erläßt.

sein wird. Aber auch bei den übrigen Organisationsverordnungen, deren Kreis allerdings nicht groß sein wird, ist, gemäß § 46 VU., die Ermächtigung des Landtags notwendig. Dies bedeutet aber eine Verwaltungstätigkeit des Landtages, die über die bloße Kontrolle der Exekutive hinausgreift.

Die Genehmigung für Staatsverträge, die im Rahmen des Art. 78 RV. von Bayern geschlossen werden, ist ebenfalls Verwaltungsmaßnahme, sofern diese keine Rechtssätze enthalten. (§ 50 VU.). Enthalten diese Verträge dagegen Rechtsnormen i. S. des § 74 VU., so sind sie „als Gesetze zu beschließen". Was darunter zu verstehen isi, ist äußerst dunkel und bestritten. Gewöhnlich hilft man sich durch ein sog. „Mantelgesetz", das den Vertrag als Ganzes genehmigt. (So z. B. geschehen beim Konkordat durch Gesetz vom 15. 1. 25). Soweit diese Verträge dagegen Rechtsnormen enthalten, handelt es sich um echte Gesetzgebung des Landtages. Insoweit ist kein Verstoß gegen konstitutionelle Grundsätze zu verzeichnen.

4e.) Bedenklich erscheint nun aber die Beteiligung des Landtages bei Bestellung der obersten vollziehenden Behörde und deren rechtliche (nicht nur politische) Abhängigkeit vom Landtag, also dem Legislativorgan.[19]) Nach § 58, I VU. wird das Gesamtministerium, das die oberste Exekutivbehörde ist (§ 4 VU.) — ein Landespräsident fehlt ja in Bayern —[20]) auf folgende Weise bestellt: Der Landtag wählt den Ministerpräsidenten und dieser besetzt im Einverständnis mit dem Landtag die übrigen Ministerien, eventuell unter Mitwirkung der Einzelminister, auch die Staatssekretärsstellen. Hier haben wir wieder eine grundlegende Aenderung des Verhältnisses von Legislative und Exekutive. Während die Exekutive keinen rechtlichen Einfluß mehr auf die Legislative, auf Landtag und Volk, hat, steht das Ministerium in voller Abhängigkeit vom Landtag. Diese Abhängigkeit, die bei Berufung der obersten Exekutivbehörde zu Tage tritt, wird nämlich zu einer dauernden durch die Ausgestaltung des Instituts der Ministerverantwortlichkeit (§§ 53, 59, II, 1 VU.). Denn dem Landtag sind nicht nur, wie bisher, die Minister verantwortlich (wobei auch die politische Verantwortung sich herausgebildet hat, die erstmals in Bayern am 2. 11. 1918 rechtlich niedergelegt wurde),[21]) sondern kraft des parlamentarischen Prinzips, das mit der Revolution

---

[19]) Vergl. auch Jellinek, Walter, S. 8, der darin einen Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip erblickt. Vergl. ferner Jahrbuch des öffentl. Rechts 1927, Bd. XV, Hch. v. Jan: Verfassung und Verwaltung in Bayern 1919—1926, S. 5 und 6.

[20]) Vergl. Rothenbücher, a. a. O., S. 36, 37 und 80. Vergl. auch Friedrich Schäffer, Ein bayer. Staatspräsident in „Politische Zeitfragen", 4. Jahrgang, Heft 1, München 1922.

[21]) An diesem Tage verkündete König Ludwig III. im Landtag, daß das Ministerium nur im Einverständnis mit dem Landtag künftig gebildet werden soll. Vergl. auch die parallele Entwicklung im Reich und das R.Ges. vom 28. 10. 1918.

in ganz Deutschland seinen Einzug gehalten hat und jetzt durch Art. 17 RV. zwingend auch für die deutschen Länder vorgeschrieben ist, muß das Gesamtministerium und eventuell die Staatssekretäre, kurz gesagt die „Regierung“, das Vertrauen des Landtages besitzen und bei einem förmlichen Mißtrauensvotum (§ 55 VU.) zurücktreten (§ 59, II VU.). Dies ist das stärkste parlamentarische und zugleich machtpolitische Mittel, neben dem alle anderen, die dem Landtag außerdem noch zur Durchführung seiner Ueberwachungsfunktion zur Verfügung stehen, verblassen. Hierher gehören [22]) das Recht kleine Anfragen zu stellen, Interpellationen einzubringen, unmittelbare Einsicht in die Staatsverwaltung zu nehmen (§ 52, I VU.) und Untersuchungsausschüsse „zur Untersuchung von Tatsachen“, soweit solche innerhalb des Wirkungskreises des Landtages liegen, einzusetzen. [23]) Neben diesen parlamentarischen Mitteln, die an sich schon garantieren, daß immer und überall der Wille des Landtages durchdringt, steht noch das altüberkommene Mittel der Ministeranklage vor dem Staatsgerichtshof wegen Gesetzesverletzungen durch die Minister (§§ 56, 70 VU.). Dieses Verhältnis der Regierung zum Landtag ist jedenfalls nicht dem konstitutionellen Prinzip gemäß, es bedeutet vielmehr einen großen Schritt hin zur Gewalten v e r e i n i g u n g im Landtag, zum Absolutismus des Parlaments. In dieser staatsrechtlichen Neuordnung der Dinge kann man ein sich durchringendes neues staatsrechtliches Denken, eine neue Auffassung vom Staate überhaupt, wie sie bereits oben angedeutet wurde, erkennen.

4f.) Die Ueberwachung des Finanzgebarens der Regierung durch die Legislative liegt eigentlich schon in dem bisher Gesagten mitenthalten. Sie ist jedoch zur positiven Mitwirkung derselben in mancher Beziehung gesteigert. So ist die Genehmigung des Landtags für, praktisch gesprochen, jede neue Anleihe des Staates, für Staatsbürgschaften, für Aenderungen des von ihm beschlossenen Schuldentilgungsplanes, für andersartige Verwendung dafür bestimmter Gefälle und für Umstellungen des Grundstockvermögens (§ 47 VU.) notwendig. Der Landtag muß den Haushaltplan nunmehr alljährlich beschließen, ebenso über die Entlastung der Minister (§ 85 VU.) und die Jahresrechnung des Staates, die ihm vom Gesamtministerium vorzulegen ist (§§ 84, 49 VU.), Beschluß fassen. Dies sind alles Beteiligungen des Landtages an der Verwaltung, die über die von Montesquieu gedachte Kontrollstellung hinausgehen, da hier die „Kontrolle“ von der reinen Ueberwachung in positive Mitwirkung über-

---

[22]) Die Rechenschaftsforderung nach § 54 V.U. ist eigentlich kein selbstständiges Mittel, sondern gewissermaßen der Oberbegriff, die Umschreibung dessen, was auch § 65, IV ausdrücken will und worin sich die Ministerverantwortlichkeit zunächst zeigt, nämlich in der Pflicht des Ministers dem Landtag Rede und Antwort zu stehen, Auskunft zu erteilen über sein Tun und Lassen als Minister.

[23]) Vergl. v. Jan, § 52 Anm. 2; Kratzer, § 52 Anm. 6.

geht. Nach §§ 80 und 74, II VU. muß der Landtag jährlich auch das sog. Finanzgesetz beschließen, welches die Höhe der zu erhebenden Steuern (Landessteuern) festsetzt. Es ist dies hier besonders zu betonen, obwohl dies materiell wie formell betrachtet durchaus Gesetzgebung darstellt, weil zugleich darin ein Stück des Etatrechtes des Landtages steckt.

5a.) Wie sich der Landtag bei Gesetzgebung und Verwaltung betätigt, so enthält er sich auch nicht ganz der Rechtsprechung. Zwar hat er keinen Einfluß auf die Gerichte (§§ 5, 69, VI VU.), weder auf die ordentlichen noch auf die Verwaltungsgerichte, auch nicht unmittelbar auf den Staatsgerichtshof.[23*] Er kann ferner grundsätzlich weder ein Verfahren niederschlagen, noch in ein schwebendes Verfahren sonstwie eingreifen. (Eine Ausnahme davon bilden nur der § 39 VU., der größtenteils durch die Art. 36—38 RV. verdrängt ist,[24]) ferner § 41, IV, VU.[25]) und 56 VU.). Auch durch das Recht Untersuchungsausschüsse nach § 52, II VU. einzusetzen, wird keine Rechtsprechung geübt, ebensowenig auf sie Einfluß genommen.[26])

5b.) Zweifellos aber übt der Landtag materielle Rechtsprechung bei der Prüfung der Legitimation seiner Mitglieder (LWG., Art. 62 und 79) und der Prüfung der Gültigkeit der Wahlen, § 33 VU. An einen Gerichtshof hat er diese Aufgaben nicht abgegeben. Außerdem spricht der Landtag Recht, wenn er die Rechtswirksamkeit der Volksentscheidungen nach Art. 72, 79 LWG. feststellt und nach § 76, I Satz 2 VU. endgültig, also unter Ausschluß jeglicher richterlicher Nachprüfung, über die Zulässigkeit und Rechtsgültigkeit der Volksbegehren entscheidet. Hierin liegt zugleich eine Entscheidung über die Rechtsgültigkeit der abgegebenen Stimmen für das Volksbegehren.[27]) Zu einer Stellungnahme des Landtags zum Inhalt des Volksbegehrens kommt es nämlich dann nicht, wenn der Landtag durch Beschluß (§ 34 VU.) das Volksbegehren zurückweist. Man könnte eine solche Zurückweisung vergleichen etwa mit einer „absolutia ab instantia", mit einer „Verwerfung als unzulässig", wie wir sie in be-

---

[23*]) Immerhin ist zu beachten, daß Landtagsabgeordnete beim Staatsgerichtshof als Richter mitwirken. Vergl. v. Jan Anm. 1 und 2 zu § 3 Ges. über d. St.G.H.

[24]) Vergl. Kratzer, § 37; v. Jan § 37; Piloty, § 37; Nawiasky, S. 181, Nr. 8 ff. und S. 132, 8 d.

[25]) Dadurch, daß der Landtag es in der Hand hat, einen solchen Antrag abzulehnen oder weitergehen zu lassen, hat er tatsächlich gewissermaßen eine Art „Vorentscheidung" über das Verfahren. Er kann dadurch die Rechtspflege aufhalten, hat also insofern Einfluß auf sie.

[26]) Es fehlt den Untersuchungsausschüssen ja jede Entscheidungsgewalt. Nur Werturteile können sie fällen. (Vergl. über diese Streitfragen auch Art. 34 RV. und die dort angeführte Literatur); auch v. Jan zu § 52 Anm. 2; Kratzer, Anm. 6, II.

[27]) Vergl. v. Jan, Anm. 4 zu § 76; Kratzer, Anm. 6 zu § 76; Nawiasky, Seite 293.

stimmten Fällen bei Berufung und Revision gegen richterliche Urteile finden.

5c.) Aus dem Vorstehenden haben wir ersehen können, daß der Landtag sich nicht auf gesetzgebende Tätigkeit allein beschränkt, sondern daß er auch an der Staatsverwaltung und Rechtsprechung Anteil nimmt. Der Grundsatz der Gewaltenteilung ist also in der Hinsicht nur in beschränktem Umfang zur Durchführung gelangt, vielleicht sogar weniger, wie in der Verfassungsurkunde vom Jahre 1818.

6a.) Wie steht es nun mit dem Aufgabenkreis der Gerichte? Beschränken sie sich allein auf Rechtsprechung? Besorgen sie diese völlig und ausschließlich? Hiezu ist auszuführen:

Wie groß die Aenderungen und Einflüsse der Revolution auf dem Gebiet der Legislative waren, so gering ist eigentlich im Hinblick auf die uns hier interessierenden Probleme der Einfluß derselben gegenüber der Rechtsprechung gewesen. Die Gerichte behielten im wesentlichen die bisherige Organisation nach dem Gerichtsverfassungsgesetz. Es erfreuen sich jetzt sogar einige Grundprinzipien des erhöhten verfassungsrechtlichen Schutzes durch die Art. 102—108 RV., § 69, § 71 Abs. 1 und 2 BU. Die älteren Bestimmungen im GVG. und EG. z. GVG. und EG. z. ZPO. werden also dadurch nicht beseitigt, sondern vielmehr verstärkt. Wichtig ist aber die Sicherung gegenüber der Verwaltung in der Hinsicht, daß auch die Einrichtung der Gerichte, der Verwaltungsgerichte inbegriffen, nur durch Gesetz, nicht durch Verwaltungsakt geschehen kann.

Das Reich hat ja hier von seiner Zuständigkeit nach Art. 7 Ziffer 3 RV. weitgehendst Gebrauch gemacht, sodaß Landesrecht lediglich ergänzend hinzutritt. Wir können hier auf die bereits oben gegebenen Darlegungen verweisen und haben nur weniges hinzuzufügen:

6b.) Der Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung, wie er in § 69, II BU. ausgesprochen ist, ist nur von wenigen, auch bisher schon üblichen Ausnahmen, die sich geschichtlich erklären lassen, durchbrochen. So ist in § 69, II Satz 2 BU. durch die Uebertragung der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ferner durch die Uebertragung der Justizverwaltung an die Gerichte, ein Stück materielle Verwaltung deren Führung überlassen.

Jetzt sind auch sowohl die echten wie die unechten Kompetenzkonflikte verfassungsmäßig besonderen Gerichten zur Entscheidung übertragen, was ja an sich für Bayern keine Neuregelung darstellt.[28]) Neu ist dagegen die verfassungsrechtliche Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch Art. 107 R.V. und § 71 V.U. und die Einrichtung eines bayerischen Staatsgerichtshofes nach Art. 19 Abs. 1 R.V. und § 70 V.U.

[28]) Unter unechten Kompetenzkonflikten werden dabei solche zwischen Verwaltungsgerichten und Verwaltungsbehörden verstanden.

Gesetzgebung kommt den Gerichten nicht mehr zu, Verwaltungstätigkeit haben sie nur noch, wie oben bereits erwähnt, in Gestalt der Justizverwaltung und der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wobei letztere wiederum der richterlichen Tätigkeit sehr nahe verwandt ist und nach den gleichen Prinzipien und in richterlicher Unabhängigkeit gehandhabt wird, wie diese.

6c.) Noch ein Wort über das richterliche Prüfungsrecht! Erkennt man an, wie es die bayerische Verfassungsurkunde in § 72 tut, daß der Richter das Recht und die Pflicht hat, vor Anwendung eines Gesetzes dessen Gültigkeit nicht nur in formeller Beziehung, sondern auch in materieller Richtung zu prüfen, dann muß man wohl sagen, daß hierin wenigstens eine Art Ueberwachung der Rechtsprechung über die Legislative liegt. Die Rechtspflegeorgane sind berufen, die Gesetzgebungsakte der Legislative auf ihre Wirksamkeit hin zu prüfen, ohne dem Gesetzgeber allerdings ihren Willen aufprägen, noch irgend eine Beschränkung der Legislative in der Ausübung des Gesetzgebungsrechtes geltend machen zu können. Denn sobald ein solches bemängeltes Gesetz als gegen die derzeitige Landesverfassung (nur gegen diese, nicht gegen die R.V.) verstoßend vom Landtag nochmals als verfassungsänderndes Gesetz beschlossen ist, ist seine Gültigkeit ja außer Zweifel.

7a) Endlich gilt es noch die Stellung der Exekutive gegenüber der Legislative und der Justiz und die Begrenzung ihres Tätigkeitskreises ins Auge zu fassen. [29])

Hatte bisher der Monarch die ganze Exekutivgewalt innegehabt und ausgeübt, so tritt nach der neuen Verfassung an seine Stelle in dieser und nur in dieser Beziehung als „oberste leitende und vollziehende Behörde" das Gesamtministerium. (§§ 4 und 57 V.U.) [30]). An sich wäre allein darin, daß an die Stelle eines einzelnen Monarchen ein Kollegium getreten ist, keine besondere Aenderung eingetreten im Verhältnis zu den Trägern der anderen Staatsfunktionen, vor allem zu der Legislative. Aber durch die besondere Stellung des Ministeriums, durch die Art seines Zustandekommens (§ 58 V.U.), durch das Erfordernis des Vertrauens des Landtages zur Amtsführung und das Unterworfensein unter das Mißtrauensvotum desselben und das in jeder Hinsicht weitausgebaute System der Ministerverantwortlichkeit (§§ 54—56, 52 V.U.), wird der Unterschied gegenüber der bisherigen Spitze der Exekutive, dem unverletzlichen und unverantwortlichen, rechtlich

---

[29]) Vergl. Dr. O. Woerner, In der Bayerischen Gemeindezeitung 1919 — 21; v. Jan, Im Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Band XV., 1927: Verfassung und Verwaltung in Bayern 1919 — 26.

[30]) Die bayerische Verfassung kennt bekanntermaßen keinen Staatspräsidenten. Vergl. hiezu Stier-Somlo; Seite 834, VII, in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Band 77; Rothenbücher, a. a. O., Einleitung, Seite 1 und Seite 80.

unabhängigen Monarchen ein ganz gewaltiger. Das ganze bisherige Verhältnis von Legislative und Exekutive wird dadurch völlig umgestülpt. An die Stelle der Selbständigkeit der Exekutive tritt nunmehr eine weitgehende rechtliche und politische Abhängigkeit, die einen augenblicklichen Wechsel in den Personen des Ministeriums, in dessen Kurs und System ermöglicht und jederzeit befürchten läßt. Die ganz besonders stark ausgeprägte, geradezu der Veränderlichkeit der gesetzgebenden Körperschaft und ihrer entsprechend wechselnden Einstellung gegenüber konservativ wirkende Stetigkeit der Krone und des von ihr berufenen Ministeriums ist jetzt dahin. Statt dessen regiert ein fungibles Kollegium, das den Wünschen und der Einstellung seines Gewalthabers, der Volksvertretung, ohne Rückhalt an eine erste Kammer, gefällig sein muß. Auch kann das Gesamtministerium den Landtag nicht etwa auflösen und nach Hause schicken.[31]) Dieses Verhältnis ist eine unleugbare Durchbrechung des Grundsatzes der Gewaltenteilung. Denn die beiden Staatsorgane stehen nicht mehr gleichberechtigt nebeneinander, sondern sind ins Verhältnis von Abhängigkeit und Ueberordnung getreten, ein Verhältnis, das weit über die bisherige Vorrangstellung und das bloße Ueberwachungsrecht, welches die gesetzgebende Gewalt zur Balance der Gewalten haben soll, hinausgreift. Das Ministerium ist nicht mehr Organ eines Herrschers, sondern ein Kollegium von Vertrauensmännern des Landtags, das mit Mehrheit seiner Mitglieder Beschlüsse faßt, (§ 63 V.U.), soweit nicht die einzelnen Minister selbständig die Geschäfte führen.[32]) Dieses ist das Ergebnis der oberflächlichen Betrachtung der Rechtsstellung der Regierung.

7b.) Trotzdem aber ist es nicht richtig, das Gesamtministerium nur als blind abhängigen[33]) „Vertrauensmännerausschuß" des Landtags aufzufassen. Auch § 57 V.U. will dies nicht sagen. Die Regierung besitzt immerhin eine gewisse Selbständigkeit und infolge der Erschwerungen und besonderen Voraussetzungen des förmlichen Mißtrauensvotums (§ 59 V.U.), auch eine ziemliche Sicherheit, wenngleich diese natürlich in erster Linie darauf fußt, daß die Minister in der Regel Parteiangehörige der jeweiligen „Regierungsparteien" sind und deren Unterstützung solange genießen und auf diese rechnen können, als sie in deren Sinn regieren. Man darf

[31]) Ein Recht des Gesamtministeriums zur Anrufung der Volksentscheidung über die Auflösung des Landtags wurde abgelehnt; vergl. Stier-Somlo, Seite 834. Nur auf Volksantrag hin durch Volksentscheidung ist die Auflösung des Landtags möglich. § 30, IV, § 31 VU.

[32]) Vergl. Landtagsverhandlungen 1919, Beilagenband 2, S. 415/6.

[33]) Es handelt sich mehr um eine politische Abhängigkeit, als um eine rechtliche. Denn in der Führung der Geschäfte im Einzelnen ist die Regierung frei. Der Landtag kann ihr nicht immer jeweils bestimmte Vorschriften oder Anweisungen erteilen. Vergl. Nawiasky, Seite 189, Nr. 2; v. Jan, § 4, Anm. 4.

also den Rückhalt an die jeweils in Frage kommenden Parteien auch nicht überschätzen.

8a.) Wie steht es nun mit dem Zuständigkeitskreis des Ministeriums und der ihm beigegebenen anderen Verwaltungsstellen?

Das Ministerium ist nach § 4/57 V.U. die oberste vollziehende und leitende Behörde.[34]) Vollziehende Behörde ist sie insofern, als sie die Vollziehung aller Gesetze und Rechtsverordnungen, der Verfassungsurkunde, der Reichsverfassung und der Landtagsbeschlüsse zu besorgen hat. Als leitende Behörde führt sie die „Regierung", den 2. Bestandteil jeder Verwaltungstätigkeit. (In deren Bereich hat das Ministerium größere Handlungsfreiheit.) Das Gesamtministerium ist ferner zur Vertretung Bayerns dem Reich und den anderen deutschen Ländern, im Rahmen des Art. 78 R.V. auch auswärtigen Staaten gegenüber, berufen, kann also auch echte und unechte Staatsverträge abschließen. Außerdem hat es die Oberaufsicht über die Selbstverwaltungskörper, wie z. B. die Gemeinden und Gemeindeverbände (§§ 22, 57 V.U.) und selbstverständlich die Dienstaufsicht und -gewalt über alle Staatsbehörden, mit Ausnahme derjenigen der Rechtsprechung und des Rechnungshofes (§ 57, II V.U.). Beim Gesamtministerium laufen also die Fäden der gesamten Staatsverwaltung, (soweit sie Landesverwaltung ist)[35]), der allgemeinen, wie der speziellen, als in ihrem Zentralpunkt zusammen. Dies entspricht durchaus der Montesquieu'schen Ansicht und ist nichts Besonderes.

8b.) Dagegen ist eine Aenderung der Stellung der Exekutive den gesetzgebenden Organen gegenüber eingetreten. Nunmehr hat, wie bereits oben ausgeführt, die Exekutive das Mitwirkungsrecht bei der Gesetzgebung, das dem Monarchen einstmals zukam, verloren und es blieb ihr nichts, als das Initiativrecht für Gesetze (§§ 61, Ziffer 8, 9, 76 V.U.) und andere Landtags-Vorlagen, das Recht die Volksentscheidung für alle Gesetze, die nicht von der Volksentscheidung ausgenommen sind, nach § 77, II V.U. anzurufen,[36]) endlich das Recht und die Pflicht der Mitwirkung bei der Ausfertigung und Verkündung der Gesetze. Sohin hat sich das Kräfteverhältnis sehr zu Gunsten der Legislative verschoben. Anteil an der Rechtsetzung hat die Exekutive nur durch das ihr zukommende

[34]) Die Bestimmung des § 4 ist von rechtlicher Bedeutung. Sie ist mehr als ein bloßer Programmsatz. § 4 begründet die Vermutung der Zuständigkeit für die Regierung, soweit die Ausübung der Exekutivtätigkeit in Frage steht. Vergl. Rothenbücher, a. a. O., Seite 5.

[35]) Insbesondere fällt ein großer Teil der Finanzverwaltung jetzt weg. Die Zölle und die meisten Steuern werden vom Reich oder doch für das Reich verwaltet.

[36]) Darunter befinden sich vor allem auch die vom Landtag als dringend bezeichneten Gesetze und das ist weitaus die Mehrzahl. Vergl. Stier-Somlo, a. a. O., VII.

Verordnungsrecht. Wie oben bereits ausgeführt, gilt in Bayern das Prinzip der Spezialdelegation (§ 61, Ziffer 7 V.U.), d. h. es bedarf zum Erlaß jeder Rechtsverordnung, auch jeder Organisationsrechtsverordnung einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung. Man kann also, wie bereits angedeutet, auch in dem Erlaß dieser der Exekutive zur Normierung delegierten Gesetzgebung eine Art Gesetzesvollziehung erblicken. Eine Ausnahme davon machen nur die Notverordnungen nach Art. 48 R.V. in Verbindung mit § 64 V.U., die nur unter den besonderen gesetzlichen Voraussetzungen erlassen werden können. Noch beschränkter ist die Ermächtigung des Art. 9 Polizeistrafgesetzbuches in Verbindung mit § 61, Ziffer 7, Abs. 2 V.U. Letztere Ermächtigung bedeutet nach Nawiasky eine unzweifelhafte Grenzüberschreitung des eigentlichen Lebensgebietes der Verwaltung. [37]) Das gleiche gilt für Organisationsverordnungen, die in „dringenden Fällen" erlassen werden, (§ 46 V.U.), ohne daß die vorherige Genehmigung des Landtages, wenn es sich bei diesen Organisationsverordnungen um Rechtsverordnungen handelt, eingeholt wurde. Die reinen Verwaltungsverordnungen fallen dagegen noch innerhalb des Rahmens der eigentlichen Verwaltungszuständigkeit. Aber selbst die Organisationsverordnungen, die nur Verwaltungsverordnungen darstellen, unterliegen als solche der Genehmigung des Landtags (§ 46 V.U.).

8c.) Ist der Anteil an der Rechtsetzung seitens der Exekutive schon nicht groß, so ist er noch geringer hinsichtlich der Beteiligung derselben an der Rechtsprechung, wenn man die Verwaltungsgerichtsbarkeit, (die zwar formell zur Verwaltung gehört), wie es ihrem Wesen allein entspricht, ihr nicht beizählt. Doch sei sie im Anschluß an die Verwaltung kurz erwähnt, weil auch sie vom geltenden Recht zu derselben gezählt wird.

Die Verwaltung übt Rechtsprechung nur noch in den öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten auf demjenigen Gebiet der Verwaltung, für das noch nicht den Verwaltungsgerichten die Entscheidung übertragen worden ist. Es herrscht ja noch immer in Bayern das Enumerationsprinzip. Etwas Grundlegendes hat sich gegenüber dem Zustand vor dem Umsturz auf diesem Gebiete nicht geändert. Entwürfe zu Gesetzen über die Erweiterung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, vor allem der Unterstellung des Polizeirechtes unter die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, sind seit langem geplant, aber noch nicht zur Wirklichkeit geworden. Auf diesem Gebiete entscheiden über streitige Rechtsansprüche und Verbindlichkeiten, soweit sie durch Gesetz nicht ausdrücklich als Verwaltungsrechtssachen erklärt worden sind, noch immer (im reinen Verwaltungsverfahren) abhängige Verwaltungsbehörden. Es ist wohl das letzte, immerhin noch umfangreiche Stück Rechtsprechung, welches die Verwaltung noch inne hat.

---

[37]) Vergl. Nawiasky, a. a. O., Seite 226 ff., Nr. 7.

Anders liegt die Sachlage, soweit die Zuständigkeit der jetzt auch nach der Reichsverfassung einzurichtenden Verwaltungsgerichte begründet ist, deren Organisation im wesentlichen unverändert aus der vorrevolutionären Zeit übernommen und beibehalten worden ist. Die Verwaltungsgerichte sind nämlich als echte Gerichte zu erachten. Unstreitig gilt dies für den Verwaltungsgerichtshof, denn seine Mitglieder erfreuen sich der vollen richterlichen Unabhängigkeit. Sie haben die gleichen Rechte und Pflichten wie die Richter der ordentlichen Gerichte. Ueber die unteren Instanzen im Verwaltungsrechtszuge kann man allerdings im Zweifel sein, ob sie als echte Gerichte zu bezeichnen sind. Zwar gewährleistet der § 71 der V.U. auch ihnen die sachliche Unabhängigkeit bei der Entscheidung der Verwaltungsprozesse. Aber die Mitglieder sowohl der 1. wie der 2. Instanz genießen nach dem heutigen Rechtszustand noch nicht die persönliche Unabhängigkeit, wie sie den Mitgliedern der ordentlichen Gerichte zukommt. Dieser Mangel aber wird bis zu einem gewissen Grade doch dadurch geheilt, daß gegen die Entscheidungen der unteren Instanzen in aller Regel der Verwaltungsgerichtshof angerufen werden kann. Sollte also das Urteil der 1. oder 2. Instanz noch irgendwie beeinflußt worden sein, so wird dieser Fehler doch sicherlich durch den Spruch des Verwaltungsgerichtshofes korrigiert. Wenn man diese Möglichkeit berücksichtigt, wird man nicht sehr fehlgehen, wenn man die Verwaltungsgerichte schlechthin als echte Gerichte bezeichnet.

Ueber die echten und unechten Kompetenzkonflikte ist ebenfalls nichts Neues zu sagen. Es blieb in Bayern bei der bereits bestehenden Regelung, auch nach Erlaß der neuen Verfassung.

9a.) Neben dem Ministerium [38]) ist noch der Mittel- und Unterbehörden kurz zu gedenken. Auch an ihrer Organisation und ihrem Aufgabenkreis hat die neue Verfassung, infolge des § 94 V.U., nichts Grundlegendes geändert, so daß auch hier auf die früheren Darlegungen verwiesen werden kann.

9b.) Der Staatsrat [39]) ist als Behörde jetzt gänzlich beseitigt. Es gibt zwar noch Staatsräte als Berufsbeamte, auch können solchen Ministerien zur einstweiligen Weiterführung übertragen werden (§ 66 Abs. 2 V.U.). Doch hat bis jetzt der Staatsrat als Ganzes gesprochen keinerlei Aufgaben mehr zu besorgen. Wenn er auch jetzt als eigenes Institut nicht mehr existiert, so ist doch die Möglichkeit gegeben, eine Art Neuauflage des früheren Geheimen- und späteren Staatsrates, allerdings nur als wirklich beratendes Organ, erstehen zu lassen. Nach § 62 Abs. 3 V.U. könnte nämlich der Staatsrat

[38]) Ob Einzel- oder Gesamtministerium zuständig ist und wie das Verhältnis der Einzelministerien zueinander und zum Gesamtministerium ist, spielt für uns hier weiter keine Rolle.

[39]) Vergl. Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1920, S. 57 ff. Aufsatz von Dr. Robert Reindl: „Die rechtliche Stellung der Staatsräte nach der bayer. Verfassungsurkunde v. 1919.

zwar nicht mehr Beirat des Fürsten, wohl aber des Ministerpräsidenten werden.[40]) Geschaffen werden könnte der Staatsrat in dieser Gestalt durch eine Verordnung des Gesamtministeriums nach § 61 Ziffer 6 V.U. mit Einverständnis des Landtags (§ 46 V.U.), nachdem § 62, II V.U. den Personenkreis, aus welchem der Ministerpräsident Personen zu seiner Beratung nehmen kann, nicht begrenzt. Der so geschaffenen Institution könnte allerdings weder Rechtsetzung noch Rechtsprechung übertragen werden, vielmehr müßte sie sich auf rein beratende Verwaltungstätigkeit, in Unterordnung unter das Gesamtministerium, beschränken.[41])

9c.) Der Staatsgerichtshof, von dem noch zu handeln ist, stellt ebenfalls ein echtes Gericht dar. Er ist eine Art Sondergericht des öffentlichen Rechts und hat einen ziemlich erweiterten Zuständigkeitskreis bekommen, vor allem im Hinblick auf die Verfassungsstreitigkeiten, zu deren Entscheidung er berufen ist. Gerade durch die Einrichtung des Staatsgerichtshofes wird der Regierung dem Landtag und dessen eventuellen Uebergriffen gegenüber das Rückgrat gestärkt. Kann sie ihn doch in einem solchen Falle zur Entscheidung anrufen und sich auf sein Urteil stützen. Zwar steht im Hintergrund natürlich wiederum der § 59 V.U., durch welchen der Landtag noch vor dem Spruch des Staatsgerichtshofes die Regierung zum Rücktritt zwingen kann,[42]) was diesen Rückhalt der Regierung zum Teil wieder illusorisch macht. Immerhin ist es für sie eine gewisse Sicherheit.

9d.) Endlich noch ein Wort über den Rechnungshof! Seine Mitglieder genießen richterliche Unabhängigkeit (§ 57 Abs. 2 V.U.), und seine Aufgabe ist es, die Rechnungen des Staatshaushaltes über Ein- und Ausgaben zu prüfen. Trotz der richterlichen Unabhängigkeit dieser Beamtengruppe ist von Rechtsprechung hier keine Rede. Der Rechnungshof bleibt eine echte Verwaltungsbehörde und ordnet sich in das Lebensgebiet der Exekutive ohne weiteres ein.

II. Wir sind am Ende. Ueberblicken wir das geltende Recht, so können wir sagen, daß in ihm der Grundgedanke der Gewaltenteilung wohl zu finden und verankert ist. Aber er ist es mit vielfachen Modulationen und Variationen. In voller Reinheit ist die Montesquieu'sche und spätere deutsche konstitutionelle Theorie in Bayern wohl zu keiner Zeit durchgeführt worden. Unter den jetzigen rechtlich und politisch so bedeutsam veränderten Zuständen darf es uns aber umsoweniger wundern, wenn nicht nur nicht das altliberale Gedankengut stärker ausgeprägt, sondern sogar in manchen Beziehungen wesentlich zurückgedrängt worden ist.

---

[40]) Vergl. Kratzer, a. a. O., § 64, Anm. 13 und v. Jan, a. a. O., § 62, Anm. 9.

[41]) Vergl. Beilage 330 der Landtagsverhandlungen v. 1919, Beilagenband 2, Seite 416.

[42]) Vergl. W. Jellinek, a. a. O., Seite 10.

## Schlußwort.

Durch hundert Jahre verfolgten wir die Aus- und Weiterbildung der Montesquieu'schen und konstitutionellen Ideen im bayerischen Verfassungsrecht. Wir sahen, wie vom Absolutismus des Fürsten der Weg hinführte über den konstitutionellen Staat zum Absolutismus des Volkes. Unwillkürlich drängt sich dem aufmerksamen Beobachter der Vergleich der Entwicklungsbahn des Verfassungslebens mit der Bahn eines schwingenden Pendels auf, dessen treibende Kräfte König und Regierung auf der einen Seite, Volk und Parlament auf der anderen Seite gewesen sind und das in hundert Jahren gerade eine volle Schwingung gemacht hat. Vor hundert Jahren, beim Ausgang des Absolutismus des Fürsten, hatte es seinen einen höchsten Schwingungspunkt inne. Die Triebkraft, die auf dieser Seite tätig war, um es auf diese Höhe zu ziehen, war der Fürst und seine ungeheuere Machtfülle. Während des 19. Jahrhunderts wirkte nun auf dieses Pendel eine Gegenkraft, nämlich Volk und Landtag ein und zog es mehr und mehr von der einen Seite des Fürsten herunter zu dem Nullpunkt, bei dem die beiderseits auf das Pendel wirkenden Anziehungskräfte gleich stark waren. Diese Stellung versinnbildlicht am besten die konstitutionelle Monarchie, in der auch das Volk bezw. seine Vertretung schon eine gewisse politische Macht innehatte. Im Laufe der Entwicklung aber wuchs mehr und mehr die Kraft und Macht der Energiequelle, die im entgegengesetzten Sinne wie die Kraft, die die Fürstenmacht darstellt, wirkte. So erklärt es sich, daß wir heute das Pendel in der gleichen Höhe wie vor hundert Jahren, aber auf der entgegengesetzten Seite angekommen, erblicken. Dieser Höchstpunkt ist aber der Sitz der Kraft und Macht des Volkes und des Landtags.

In der heutigen trüben und verworrenen Zeit, in der unser Volk steht, ist nicht abzusehen, wohin die Entwicklung unseres Staatswesens führen wird. Eines aber steht fest: So wenig irgend ein Lebensprozeß in der Natur, solange Leben überhaupt vorhanden ist, jemals zur Ruhe kommt, so wenig stehen wir am Ende der völkischen und staatlichen Entwicklung unseres Volkes. Wünschen wir nur, daß sie es aufwärts führt!